

UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA  
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS  
CURSO DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO  
PROGRAMA DE MESTRADO

NESTOR CASTILHO GOMES

A TEORIA DA NORMA DE FRIEDRICH MÜLLER: REFLEXOS NA METÓDICA  
JURÍDICA

Florianópolis

02/2009

NESTOR CASTILHO GOMES

A TEORIA DA NORMA DE FRIEDRICH MÜLLER: REFLEXOS NA METÓDICA  
JURÍDICA

Dissertação apresentada ao Programa de  
Mestrado do Curso de Pós-Graduação em  
Direito da Universidade Federal de Santa  
Catarina, como requisito parcial à obtenção  
do título de Mestre.

Orientador: Prof. Dr. Sergio U. Cademartori

Florianópolis

02.2009

**NESTOR CASTILHO GOMES**

**A TEORIA DA NORMA DE FRIEDRICH MÜLLER: REFLEXOS NA  
METÓDICA JURÍDICA**

Dissertação aprovada como requisito parcial para a obtenção do título de Mestre em Filosofia e Teoria do Direito pelo Programa de Mestrado do Curso de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina pela Banca Examinadora composta pelos seguintes professores:

---

Professor Dr. Sergio U. Cademartori

(Presidente e Orientador)

---

Professor Dr. Argemiro Cardoso M. Martins

---

Professor Dr. Airton Lisle Cerqueira Leite Seelaender

---

Coordenador do Curso: Prof. Dr. Antonio Carlos Wolkmer

Florianópolis (SC), 06 de março de 2009.

Aos meus pais, com carinho.

## **AGRADECIMENTOS**

Ao Professor Dr. Sergio Cademartori, orientador desta dissertação, pelo enriquecimento proporcionado durante a disciplina de teoria do direito, pela confiança e pelo diálogo privilegiado. Fica, desde já, o desejo de que esta relação renda novos frutos acadêmicos.

À Profª. Dra. Jeanine Nicolazzi Phillippi pelo aprendizado como A.P.G., nas disciplinas lecionadas e no Grupo de Estudos.

Aos amigos Alexander Rodrigues de Castro, Adam Hass, Fernando Luís Coelho Antunes, Rafael Schincariol e Fernando David Perazzoli pelo companheirismo, amizade e pelos inúmeros debates (sobre todos os temas). O mestrado não seria a mesma coisa sem vocês!

Especialmente ao grande amigo João Fábio Silva da Fontoura, cujas críticas e contribuições são uma constante desde os tempos da faculdade. Muito obrigado!

À Ana Paula Borges Martins – futura mülleriana – pelo carinho! Beijos!

No âmbito da objetividade restrita que lhe é possível e, não obstante, com caráter de obrigatoriedade, a metódica jurídica deve empreender a tentativa de uma conscientização [Selbstverständigung] dos operadores jurídicos acerca da fundamentabilidade, da defensabilidade e da admissibilidade das suas formas de trabalho. (Friedrich Müller *in* Métodos de trabalho do direito constitucional)

## RESUMO

O presente trabalho propõe-se a investigar de que forma a concepção de norma jurídica, levada a efeito pela teoria e metódica estruturantes, reflete na *interpretação* e na *aplicação* do direito. O objetivo principal é analisar de que forma a metódica estruturante se afasta dos conceitos e métodos propostos pelas escolas hermenêuticas de decisão jurídica que lhe são precedentes. O trabalho analisa as principais escolas hermenêuticas do século XIX e XX, no intuito de perquirir a específica racionalidade metodológica presentes em cada uma delas. Busca a caracterização da teoria da norma jurídica de Friedrich Müller. Disseca a relação entre direito e realidade *na* teoria da norma. Apresenta os conceitos de normatividade, interpretação e concretização. Avalia a estrutura da norma e as suas partes integrantes: o programa da norma (Normprogramm) e o âmbito da norma (Normbereich). Em vista da profunda ligação entre a teoria da norma e a metódica jurídica, investiga o contexto de formação da metódica estruturante. Expõe os elementos de concretização da metódica estruturante, bem como a sua função e hierarquia. Busca finalmente apresentar os elementos de concretização da metódica estruturante a partir de um caso prático, o Agravo Regimental na Reclamação n.º 3034-2 (STF).

**Palavras-chave:** Friedrich Müller; teoria estruturante do direito; metódica estruturante do direito; teoria da norma jurídica, interpretação; processo de concretização.

## RESUMEN

El objetivo de este estudio es investigar como el concepto de norma jurídica, desarrollada por la teoría y la metódica estructurante, se refleja en la interpretación y aplicación del derecho. El principal objetivo es analizar cómo la metódica estructurante difiere de los conceptos y métodos propuestos por las escuelas de hermenéutica jurídica precedentes. El estudio analiza las principales escuelas de hermenéutica del siglo XIX y XX, con el objetivo de perquirir la racionalidad metodológica en cada una. Presenta la caracterización de la teoría de la norma jurídica de Friedrich Müller. Analiza la relación entre norma y realidad en la teoría de la norma. Expone los conceptos de normatividad, interpretación y aplicación. Analiza la estructura de la norma y sus partes: el programa de la norma (Normprogramm) y el ámbito de la norma (Normbereich). En virtud de la conexión entre la teoría de la norma y la metódica estructurante, investiga el contexto de formación desta. Presenta los elementos de concretización de la metódica estructurante, su función y jerarquía. Por fin, intenta presentar los elementos de concretización de la metódica estructurante en un estudio de caso, el Agravo Regimental na Reclamação n.º 3034-2 (STF).

**Palabras-clave:** Friedrich Müller; teoria estructurante del derecho; metódica estructurante del derecho; teoria de la norma jurídica, interpretación; processo de concretización.



## SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	12
CAPÍTULO 1. HERMENÊUTICA E TRADIÇÃO: DA ESCOLA DA EXEGESE AO POSTULADO DA PUREZA METODOLÓGICA DE KELSEN.....	155
1.1 Introdução.....	15
1.2 A Escola da Exegese.....	19
1.2.1 Postulados caracterizadores da Escola da Exegese.....	21
1.3 A Jurisprudência dos Conceitos [ <i>Begriffsjurisprudenz</i> ] ou Pandectística [ <i>Pandektenwissenschaft</i> ] .....	24
1.4 A Jurisprudência dos Interesses [ <i>Interessenjurisprudenz</i> ].....	27
1.5 A Escola do Direito Livre.....	30
1.6 A teoria da interpretação jurídica de Hans Kelsen.....	34
1.6.1 A Teoria Pura do Direito: a distinção entre <i>ser</i> e <i>dever-ser</i> como traço fundamental do projeto epistemológico kelseniano.....	36
1.6.2 A teoria da interpretação jurídica na Teoria Pura do Direito.....	41
1.6.3. Críticas à teoria da interpretação de Kelsen a partir da obra de Friedrich Müller.....	45
CAPÍTULO 2. A TEORIA ESTRUTURANTE DO DIREITO: A INFLUÊNCIA DA TEORIA DA NORMA PARA A METÓDICA JURÍDICA.....	51
2.1 Introdução.....	51
2.2 As relações entre norma jurídica, metodologia e ciência jurídica.....	52

2.3 A norma jurídica como noção composta de ser e dever-ser.....	57
2.4 Normatividade, norma e texto da norma.....	61
2.5 Concretização e Interpretação: o problema jurídico como concretização de normas em vez de interpretação de textos de normas.....	64
2.6 Conceitos prévios: dados lingüísticos ( <i>Sprachdaten</i> ) e dados reais ( <i>Realdaten</i> ).....	69
2.7. O início do processo de concretização: o texto da norma e o caso como elementos propulsores do processo de concretização.....	69
2.8 A estrutura da norma (Normstruktur): programa normativo (Normprogramm) e âmbito normativo (Normbereich).....	73
2.8.1 O programa normativo (Normprogramm).....	73
2.8.2 O âmbito normativo(Normbereich).....	75
2.9 O surgimento da normatividade: Norma jurídica (Rechtsnorm) e norma de decisão (Entscheidungsnorm).....	78
<b>CAPÍTULO 3. A METÓDICA ESTRUTURANTE DO DIREITO: LIMITES E POSSIBILIDADES DE CONCRETIZAÇÃO.....</b>	<b>80</b>
3.1 Introdução à metódica estruturante do direito.....	80
3.2 O contexto de formação da metódica estruturante.....	83
3.2.1 A influência do Tribunal Constitucional Federal para a formulação da metódica estruturante do direito.....	83
3.2.2 A influência dos trabalhos científicos sobre a metódica do direito constitucional para a formulação da metódica estruturante do direito.....	88
3.2.2.1 Breve digressão: A metódica do direito constitucional na bibliografia científica brasileira.....	91
3.3. Elementos da concretização da norma.....	95

3.3.1. Elementos metodológicos strictiore sensu.....	96
3.3.1.1 A interpretação gramatical.....	97
3.3.1.2 Elementos históricos, genéticos, sistemáticos e teleológicos.....	99
3.3.2 Princípios da interpretação da constituição.....	102
3.3.3 Elementos da concretização a partir do âmbito do caso e do âmbito da norma....	102
3.3.4 Elementos dogmáticos.....	103
3.3.5 Elementos de técnica de solução.....	104
3.3.6 Elementos de teoria.....	105
3.3.7 Elementos de política constitucional.....	106
3.4 A Hierarquia dos Elementos de Concretização.....	107
3.4.1 Conflitos entre os elementos da concretização.....	109
3.4.1.1 Conflito entre elementos não diretamente referidos a normas.....	109
3.4.1.2 Conflito entre os elementos não diretamente referidos a normas e os elementos diretamente referidos a normas.....	110
3.4.1.3 Conflito entre os elementos de concretização diretamente referidos a normas..	111
3.5 O uso dos elementos de concretização na jurisprudência do STF: análise da decisão do Agravo Regimental na Reclamação n.º 3034-2.....	115
4. CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	123
5. REFERÊNCIAS.....	127



## INTRODUÇÃO

A propalada insuficiência da metodologia do positivismo jurídico na atividade de “interpretação” e “aplicação do direito” já se tornou um lugar comum. A crítica a uma metodologia lógico-formal remonta já ao século XIX<sup>1</sup>. Desde então diversas teorias vêm sendo propostas no campo da metódica do direito. É a partir dos anos 50 do século passado, porém, que a busca por uma terceira via entre o positivismo e o jusnaturalismo se acirra. A teoria de Friedrich Müller insere-se neste contexto (juntamente com a tópica, a teoria da argumentação jurídica, o *critical legal studies*, etc.)<sup>2</sup>, a evidenciar que o problema metodológico-jurídico permanece atual e merecedor de especial atenção.

O presente trabalho dispõe-se a analisar de que forma a mudança epistemológica na concepção de norma jurídica, levada a efeito pela teoria e metódica estruturantes, reflete na *interpretação* e na *aplicação* do direito. O objetivo principal é analisar de que forma a metódica estruturante se afasta dos conceitos e métodos propostos pelas escolas hermenêuticas de decisão jurídica que lhe são precedentes.

Para que o jogo de contrastes seja bem sucedido, isto é, para que possam emergir diáfanas as eventuais mudanças ocorridas, julga-se necessário, em um primeiro momento, apresentar as principais correntes relativas à “interpretação” e à “aplicação do direito”. Desta forma, o primeiro capítulo analisará as mais representativas escolas jurídico-hermenêuticas do século XIX e início do século XX. O enfoque teórico recairá principalmente sobre as contribuições da Escola da Exegese, da Jurisprudência dos Conceitos, da Jurisprudência dos Interesses, da Escola do Direito Livre e da Teoria Pura do Direito. O objetivo é demonstrar as teses, conexões e discrepâncias entre as teorias formalistas e anti-formalistas que se sucederam no decorrer do período histórico supramencionado e que, de uma forma ou de outra, continuam a reverberar na nossa prática cotidiana.

---

<sup>1</sup> Nos dizeres de Castanheira Neves, já a partir do final do século XIX o método lógico-formal seria objeto de uma crítica em duplo sentido: “um sentido analítico, tendente a mostrar que o método efetivamente praticado *não é* (não era) aquele que doutrinalmente se prescrevia; um sentido metodológico, em que se justifica que ele *não deve ser* (não devia ser) a metódica do pensamento jurídico, ao mesmo tempo que se propunham modelos metódicos diferentes para sua superação”. Castanheira Neves, Antônio. *Método jurídico. Digesta: escritos acerca do direito, do pensamento jurídico, de sua metodologia e outros*. Coimbra Editora, 1995. vol. II. p. 309.

<sup>2</sup> Kaufmann, Arthur. Hassemer, Winfried. *Introdução à filosofia do direito e à teoria do direito contemporâneas*. trad. Marcos Keel. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian. 2002. p. 135.

Ainda no âmbito do primeiro capítulo merecerá especial destaque a teoria da interpretação jurídica de Kelsen, em virtude do diálogo que a teoria estruturante do direito com ela mantêm. Para além da teoria da interpretação jurídica de Kelsen propriamente dita, serão abordados alguns dos pressupostos epistemológicos da teoria pura do direito, em especial o princípio fundamental da “pureza” metodológica (distinção entre ser e dever-ser). Isto porque parte-se do pressuposto que o projeto epistemológico kelseniano – assente na contraposição entre ser e dever-ser –, produzirá conseqüências para a teoria da norma jurídica e para a teoria da interpretação do direito (ou melhor, para a prática decisória). A exposição da teoria pura do direito afigura-se de fundamental importância em razão da sua incompatibilidade para com a construção teórica de Müller. A inter-relação entre as aporias do construto de Kelsen e a obra de Müller é acentuada por Olivier Jouanjan, que afirma que: “ali onde Kelsen pensava dever parar, ali começa o trabalho”<sup>3</sup>.

Após a exposição da racionalidade metodológica presente no século XIX e início do século XX elaborar-se-á, no segundo capítulo, uma exposição detalhada acerca da teoria da norma jurídica de Friedrich Müller. A exposição da teoria da norma de Müller é indispensável, na medida em que o jurista de Heidelberg assevera que a definição do conceito de norma jurídica necessariamente afeta as questões práticas do direito e a própria ciência do direito. Müller sugere uma espécie de efeito cascata, onde a definição do conceito de norma jurídica reflete sobre a práxis decisória e finalmente sobre a ciência do direito. Nesse sentido, Müller aduz que o que define as transformações epocais da ciência do direito é a conceituação da norma jurídica. Em vista do dado inicial de que parte o trabalho – a mudança epistemológica no conceito de norma jurídica – o capítulo intitula-se “A teoria estruturante do direito: a influência da teoria da norma para a metódica jurídica”. Buscar-se-á descrever os principais predicados da teoria da norma de Müller, enfatizando a noção de norma jurídica enquanto unidade composta de ser e dever-ser, as diferenciações entre norma e texto de norma, o significado dos termos interpretação, aplicação e concretização, bem como a (re)significação do conceito de normatividade perante a (nova) estrutura da norma jurídica.

No terceiro capítulo analisar-se-á criticamente a metódica estruturante de Friedrich Müller. Primeiramente discorrer-se-á sobre o contexto de formação da metódica estruturante, isto é: a influência da práxis do Tribunal Constitucional Federal Alemão e da

---

<sup>3</sup> Müller refere-se à teoria da interpretação jurídica de Kelsen, capítulo final da Teoria Pura do Direito. Müller, Friedrich. *O novo paradigma do direito: introdução à teoria e metódica estruturantes do direito*. São Paulo:

bibliografia científica sobre a metódica do direito constitucional. Em vista do (novo) conceito de norma proposto, avaliar-se-á a serventia dos elementos de interpretação de Savigny. Posteriormente, serão apresentados os elementos de concretização, bem como a função por eles exercida. Dada a complexidade e sobretudo a vocação da teoria e metódica estruturantes para o trato de questões concretamente apresentadas, pretende-se, a partir da análise do Agravo Regimental na Reclamação n.º 3034-2, desdobrar o estudo: (i) numa perspectiva crítica, apta a desconstruir os votos dos Ministros do Supremo Tribunal Federal- STF, no intuito de perquirir os elementos de concretização efetivamente utilizados; (ii) numa perspectiva prática, no intento de demonstrar os conceitos e a aplicabilidade da teoria e metódica estruturantes à luz de um caso concreto.

Nas considerações finais apresentar-se-á uma síntese da teoria da norma jurídica de Müller, bem como serão salientadas as eventuais mudanças proporcionadas para a metódica jurídica, em comparação com as correntes apontadas no primeiro capítulo do trabalho.

## **CAPÍTULO 1. HERMENÊUTICA E TRADIÇÃO: DA ESCOLA DA EXEGESE AO POSTULADO DA PUREZA METODOLÓGICA DE KELSEN**

### **1.1 Introdução**

O presente capítulo objetiva perpassar as principais escolas hermenêuticas do pensamento jurídico do século XIX e início do século XX. Para discutir-se a situação da metódica jurídica na obra de Friedrich Müller, é necessário mostrar como as principais escolas do pensamento jurídico se desenvolveram desde o Estado Liberal, apontando diferentes concepções acerca da ciência do direito e da específica racionalidade metodológica presentes em cada uma delas. O revisitar destas escolas é realizado não como forma de apresentar uma história da “interpretação” e da “aplicação do direito”, mas em razão de sua relevância para a compreensão do contexto de formação da Teoria Estruturante do Direito e para a caracterização de sua originalidade epistemológica.

Esta contextualização é importante, pois existem concepções muito diversas a respeito, por exemplo, da interpretação. As distintas teorias divergem em muitos pontos, desde a natureza da significação atribuída ao objeto a ser interpretado, passando pela natureza da operação da interpretação, até desaguar na querela de seus métodos e sobre as consequências que comportam para a compreensão do sistema jurídico<sup>4</sup>.

De fato, a interpretação é resultado de um complexo de fatores que não pode ser simplificado e tampouco ignorado. Nos dizeres de Castanheira Neves:

Nela se reflete a concepção fundamental do direito de cada época e pressupõe o contexto cultural que vai no horizonte significativo dos juristas, é codeterminada pela perspectiva epistemológica-metodológica do pensamento jurídico e vê-se orientada pelos objetivos práticos da realização do direito<sup>5</sup>.

Assim, buscar-se-á analisar o legado das tendências formalistas e anti-formalistas presentes no século XIX e início do século XX, especialmente no que se refere ao seu modo de “interpretar” e “aplicar o direito”. Este primeiro capítulo objetiva explicitar os diversos matizes da realização do direito, apresentando as teorias da Escola da Exegese, da

---

<sup>4</sup> Troper, Michel. *A filosofia do direito*. Trad. Ana Deiró. São Paulo: Martins, 2008. p. 123.

<sup>5</sup> Castanheira Neves, Antonio. *Interpretação jurídica. Digesta: escritos acerca do direito, do pensamento jurídico, de sua metodologia e outros*. Coimbra Editora, 1995. vol. II. p. 337.



Jurisprudência dos Conceitos, da Jurisprudência dos Interesses, da Escola do Direito Livre e da Teoria Pura do Direito de Kelsen.

Este esboço histórico servirá para demonstrar as tensões, as marchas e contramarchas, por que passou a racionalidade metodológica em pouco mais de dois séculos. A predominância do positivismo formalista no fim do século XIX, a influência do positivismo científico, as contraposições anti-formalistas (ou irracionalistas) presentes na Escola do Direito Livre, até o retorno triunfante do formalismo, com a Teoria Pura do Direito de Kelsen.

Será possível visualizar, ademais, a evolução de uma teoria da interpretação tradicional para concepções opostas, e, nos próximos capítulos, de como estas correntes se exprimem na obra de Friedrich Müller, isto é, como a construção epistemológica formulada por Müller apropria ou rejeita as construções teóricas que lhe são precedentes.

De forma bastante sucinta, podemos dizer que a chamada teoria da interpretação tradicional sustenta a interpretação como um fenômeno meramente cognitivo. A interpretação teria por objeto enunciados dotados de significação. Segundo Troper, “essa significação seria unívoca, em razão do relacionamento necessário entre as palavras e suas significações”<sup>6</sup>. O processo de interpretação teria por função desvelar um significado oculto<sup>7</sup>, preexistente. Parte-se do pressuposto de que os textos carregam consigo propriedades que apontam para significações, e que a tarefa do intérprete seria perquirir esses dados<sup>8</sup>. Em sendo a interpretação uma função do conhecimento, seria possível determinar a verdade ou a falsidade desta operação de descobrimento. Trata-se de um conceito objetivista do conhecimento, preso ao esquema sujeito-objeto e a um conceito de direito ontológico substancial<sup>9</sup>.

Em contraposição à teoria tradicional, encontram-se entrelaçadas dezenas de teorias, algumas das quais simplesmente flexibilizam “o caráter absoluto da possibilidade de descoberta de um sentido e alcance preexistente do dispositivo normativo interpretado”, sem,

---

<sup>6</sup> Troper, Michel. *A filosofia do direito*. p. 124.

<sup>7</sup> Que oscilaria, conforme a posição teórica assumida, entre a busca pela vontade do legislador ou busca pela vontade objetivada na norma.

<sup>8</sup> Andrade, José Maria Arruda de. *Interpretação da norma tributária*. São Paulo: MP Ed., 2006, p. 59.

<sup>9</sup> Kaufmann, Arthur. *Filosofia do direito*. trad. António Ulisses Cortês. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2004. p. 87.

contudo, questionar o modelo cognitivo baseado (i) na descoberta de sentido; (ii) na relação sujeito-objeto, e; (iii) na propriedade do texto representar realidades/sentidos<sup>10</sup>.

Prosperam, assim, na perspicaz análise de José Maria Arruda de Andrade, propostas metodológicas contraditórias que tentam conciliar (i) a afirmação de que a interpretação visa à busca do alcance e sentido das normas, (ii) com a assertiva de que as normas (ou textos de normas) são ambíguas e vagas, demandando uma decisão subjetiva por parte do intérprete<sup>11</sup>.

Todos estes apontamentos servem para comprovar a problemática que acompanha atualmente a questão da interpretação e da concretização do direito. Não sem razão Castanheira Neves adverte que, “deixou de haver uma teoria estabilizada e dominante que tranquilamente se pudesse expor em suas linhas características – como ainda acontecia, poderá dizer-se, a duas ou três décadas”<sup>12</sup>.

A obra de Friedrich Müller, calcada no conceito de concretização dos textos normativos, insere-se entre os extremos do formalismo e o do decisionismo. Müller rejeita tanto uma atividade meramente dedutiva e mecanicista, inviável do ponto de vista prático e teórico<sup>13</sup>, quanto uma postura voluntarista, de *pura decisão*, que prescinde totalmente do texto de norma.

Antonio Menezes Cordeiro, em citação longa, mas indispensável, sedimenta algumas das preocupações presentes na obra de Müller, especialmente a discussão acerca do *método* de fundamentação da decisão:

As críticas (...) alinhadas contra o formalismo e o positivismo constataam, no fundo, a insuficiência de ambas essas posturas perante

---

<sup>10</sup> Andrade, José Maria Arruda de. *Interpretação da norma tributária*. pp. 77-78.

<sup>11</sup> Andrade, José Maria Arruda de. *Interpretação da norma tributária*. p. 33.

<sup>12</sup> Castanheira Neves, Antonio. *Interpretação Jurídica. Digesta: escritos acerca do direito, do pensamento jurídico, de sua metodologia e outros*. p. 337. Neste complexo de distintas teorias da “interpretação” e “aplicação do direito”, Michel Troper apresenta como antítese à teoria da interpretação tradicional a teoria realista da interpretação. A teoria realista pauta-se na concepção de que a interpretação é um ato de vontade, e que os enunciados possuem várias significações. A interpretação traduz as preferências subjetivas daquele que a exprime, motivo pelo qual o produto da interpretação não poderia ser falso nem verdadeiro. Se é certo que o realismo rompe com alguns dos pressupostos da interpretação tradicional, também é certo que traz consigo uma série de problemas. Ao limitar o fenômeno jurídico ao ato de autoridade, o realismo proporciona um déficit de segurança jurídica.

<sup>13</sup> Segundo a feliz metáfora de Arthur Kaufmann, “aqueles que ainda hoje defendem o dogma da subsunção equiparam-se aos atuais fumadores: fazem-no, é verdade, mas já não com o mesmo à-vontade”. Kaufmann, Arthur. *Filosofia do direito*. p. 82.

as necessidades da efetiva realização do direito. Esta, contudo, não se detém: obrigado pela proibição do *non liquet* a decidir, o julgador encontrará sempre uma qualquer solução, mesmo havendo lacuna, conceito indeterminado, contradição de princípios ou injustiça grave. Munido, porém, de instrumentação meramente formal ou positiva, o julgador terá de procurar, noutras latitudes, as bases da decisão. A experiência, a sensibilidade, certos elementos extra-positivos e, no limite, o arbítrio subjetivo, serão utilizados. Dos múltiplos inconvenientes daqui emergentes, dois sobressaem: por um lado, a fundamentação que se apresente será aparente: as verdadeiras razões da decisão, estranhas aos níveis juspositivos da linguagem, não transparecem na decisão, inviabilizando o seu controlo; por outro lado, o verdadeiro e último processo de realização do direito escapa à ciência dos juristas: a decisão concreta é fruto, afinal, não da ciência do direito, mas de fatores desconhecidos para ela, comprometendo, com gravidade a previsibilidade, a seriedade e a própria justiça da decisão<sup>14</sup>.

Afigura-se, na lição de Antonio Menezes Cordeiro, o problema das soluções jurídicas realmente ocorridas à margem do discurso científico<sup>15</sup>. A problemática de um método de concretização não julgável pela ciência do direito, se faz presente, por exemplo, em Kelsen. O jurista austríaco recusa-se a estabelecer critérios para o julgamento da decisão volitiva, por entender que se trata de uma questão afeita à política do direito, e não à ciência do direito. Nas palavras de Olivier Jouanjan: “Purificada destes elementos perturbadores, a teoria pura conclui-se abdicando deles: a ciência do direito está purificada, mas não a prática. No interior do quadro, a escolha da decisão não é julgável por um método (jurídico)”<sup>16</sup>.

A teoria e a metódica estruturante, diferentemente, pretendem racionalizar o trabalho prático dos juristas, de forma a permitir a sua discutibilidade, revisibilidade e regularidade<sup>17</sup>. Müller desenvolve um conceito dinâmico de normatividade, decorrente de um processo estruturado metodicamente a partir das exigências do Estado de Direito. Neste

---

<sup>14</sup> Menezes Cordeiro, Antonio. *Os dilemas da ciência do direito no final século XX*. In: Canaris, Claus Wilhelm. *Pensamento sistemático e conceito de sistema*. 3ª Ed. Trad. Antonio Menezes Cordeiro. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002, p. XXIII-XXIV. A mesma crítica de Menezes Cordeiro também é citada por Arruda Andrade. Cf. Andrade, José Maria Arruda de. *Interpretação da norma tributária*. p. 96.

<sup>15</sup> Menezes Cordeiro, Antonio. *Os dilemas da ciência do direito no final século XX*. In: Canaris, Claus Wilhelm. *Pensamento sistemático e conceito de sistema*. p. XX.

<sup>16</sup> Jouanjan, Olivier. *De Hans Kelsen a Friedrich Müller – Método jurídico sob o paradigma pós-positivista*. In: Müller, Friedrich. *O novo paradigma do direito: Introdução à teoria e metódica estruturantes do direito*. p. 249.

<sup>17</sup> Segundo Müller: “a teoria da norma jurídica precisa, de qualquer modo, estar especificamente a serviço da racionalidade jurídica, precisa diferenciar de modo racional as reflexões presentes na decisão, tornando-a com isso passível de controle e de discussão o máximo e o melhor possível”. Cf. Müller, Friedrich. *Teoria estruturante do direito*. trad. Peter Naumann; Eurides Avance de Souza. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008. p. 161.

processo, “os teores materiais da concretização não são ocultados, mas incluídos de forma controlável e generalizável na concretização”<sup>18</sup>.

O presente trabalho presta-se, assim, a analisar criticamente de que forma a mudança epistemológica na concepção da norma jurídica e da ciência jurídica, operada por Friedrich Müller, reflete na interpretação e na aplicação do direito (não só nos conceitos, terminologicamente).

Daí porque seja de relevo, neste primeiro capítulo, analisar a racionalidade metódica das escolas precedentes, sem descurar dos limites e possibilidades de decisão por elas propostas.

## 1.2 A Escola da Exegese

A Escola da Exegese<sup>19</sup>, que remonta ao início do século XIX, representa o pensamento jurídico francês que esteia doutrinariamente o movimento legalista da codificação pós-revolucionária. A Escola da Exegese centra-se, sobretudo, na obra de civilistas e caracteriza-se por identificar o direito como os novos códigos, a fim de submetê-los a uma estrita hermenêutica exegética, de caráter dedutivo<sup>20</sup>. O sentido geral que perpassa a Escola da Exegese é sistematizado, na lição de Castanheira Neves, em três postulados capitais: identificação do direito com a lei, exclusividade da lei como critério jurídico-decisório e suficiência da lei (i.é., ausência de lacunas). Antes de se aprofundar os postulados caracterizadores da Escola da Exegese, em especial aqueles pertinentes à sua metodologia,

---

<sup>18</sup> Christensen, Ralph. *Teoria estruturante do direito*. In: Müller, Friedrich. *Teoria estruturante do direito*. p. 243.

<sup>19</sup> Os doutrinadores usualmente dividem a Escola da Exegese em três grandes períodos, a representar a sua ascensão, consolidação e crise teórica. Chaim Perelman identifica na Escola da Exegese “uma fase de instauração, que começou na promulgação do Código Civil, em 1804, e terminou em 1830 e 1840; uma fase de apogeu, que se estendeu até cerca de 1880; e por fim uma fase de declínio, que se fechou em 1889, quando a obra de Géný anunciou-lhe o fim”. Cf. Perelman, Chaim. *Lógica jurídica: nova retórica*. trad. Vergínia K. Pupi. São Paulo: Martins Fontes, 2000. p. 31. Norberto Bobbio, citando Bonnacase, distingue-lhe três grandes períodos: “os primórdios (de 1804 a 1830), o apogeu (de 1830 a 1880) e o declínio (de 1880 em diante, até o fim do século passado)”. Bobbio, Norberto. *O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito*. trad. Márcio Pugliesi, Edson Bini, Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 2006. p. 84. Sobre este específico aspecto classificatório da Escola da Exegese, ver também: Castanheira Neves, Antonio. *Escola da Exegese. Digesta: escritos acerca do direito, do pensamento jurídico, de sua metodologia e outros*. p. 190.

<sup>20</sup> O *Code Civil* foi promulgado em 1804. Em seguida o Código de Processo Civil (1806), o Código Comercial (1807), o Código Penal (1810), etc. Cf. Hespanha, António Manuel. *Cultura jurídica européia: síntese de um milênio*. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2005. p. 377. Sobre os códigos acima citados, ver: Gillissen, John. *Introdução histórica ao direito*. 4ª Ed. trad. Antonio Manuel Hespanha; L. M. Macaísta Malheiros. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2003. pp. 450-457.

analisar-se-á brevemente a gênese da constituição dos códigos napoleônicos, a fim de perquirir aqueles pressupostos que os informam.

O surgimento do Código Civil francês não pode ser atribuído apenas ao processo revolucionário francês. As circunstâncias do seu aparecimento remontam a pressupostos filosóficos, políticos, econômicos e culturais presentes no final do século XVIII e início do século XIX. Igualmente, a metodologia surgida no século XIX corresponde não só aos problemas internos do direito, como também é resultado imediato do contexto sócio-político, filosófico e metodológico da época<sup>21</sup>.

Do ponto de vista filosófico-jurídico, pode-se dizer que o movimento da codificação significou paradoxalmente o apogeu e a decadência das contribuições jusnaturalistas dos séculos XVII e XVIII<sup>22</sup>. Os códigos napoleônicos surgiram como uma espécie de positivação da razão, articulando, de um lado, a civilística racionalista francesa (Domat, Pothier, Portalis) e, de outro, as contribuições do jusnaturalismo racionalista setecentista<sup>23</sup>. O jusnaturalismo racionalista pode ser considerado como a fonte de inspiração da codificação produzida pelo Estado, refletindo-se em grande parte do conteúdo normativo prescrito nas leis<sup>24</sup>.

Em conjugação com o jusnaturalismo racionalista convivia o pressuposto político-jurídico do *legalismo* democrático-liberal, o qual identificava o direito com a lei. Outrossim, a vertente democrático-liberal ressaltava que a legitimidade política das leis provinha da vontade popular manifestada nas assembleias representativas<sup>25</sup>. O Estado possuía o

---

<sup>21</sup> Hespanha, António Manuel. *Cultura jurídica européia: síntese de um milênio*. p. 341.

<sup>22</sup> Cf. Hespanha, António Manuel. *Cultura jurídica européia: síntese de um milênio*. p. 382. Castanheira Neves, ao dissertar sobre a tensão entre legalismo e jusnaturalismo, e as consequências deste enfrentamento, aduz que “após a Revolução e a sua obra legislativa, o jusnaturalismo se reservava para a concepção filosófica do direito enquanto o legalismo passou a informar o seu entendimento estritamente jurídico”. Castanheira Neves, Antonio. *Escola da Exegese. Digesta: escritos acerca do direito, do pensamento jurídico, de sua metodologia e outros*. p. 183.

<sup>23</sup> Hespanha, António Manuel. *Cultura jurídica européia: síntese de um milênio*. p. 377.

<sup>24</sup> Norberto Bobbio questiona o legado do jusnaturalismo racionalista na formulação do Código Civil Francês. Apesar de ressaltar que a codificação surge em um clima filosófico e ideológico iluminista e racionalista, o projeto de Código Civil finalmente aprovado em 1804 – cuja comissão era composta por quatro juristas: Tronchet, Maleville, Bigot-Préameneau e Portalis – renegava firmemente o jusnaturalismo, em favor de uma concepção mais tradicionalista. Segundo Bobbio, “O Código Civil, na sua realização, se distanciou progressivamente da inspiração originária, francamente iluminista e jusnaturalista, para, em lugar disso, se reaproximar decisivamente da tradição jurídica francesa do direito romano comum”. Bobbio, Norberto. *O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito*. pp. 67-73.

<sup>25</sup> Vê-se, aqui, a recepção do princípio da separação dos poderes. Bobbio ressalta que o princípio da separação dos poderes constitui o “fundamento ideológico da estrutura do Estado Moderno”. Bobbio, Norberto. *O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito*. p. 79.

monopólio exclusivo da produção da legislação, e a lei parlamentar era vislumbrada como a vontade direta do povo<sup>26</sup>. A lei constituía a *volonté générale*.

Para além destes pressupostos, e em pé de igualdade, fazia-se presente o “fenômeno cultural da codificação”. A codificação foi o resultado parcial da cultura racionalista-iluminista, que exigia a prescrição das leis *sub specie codicis*, e que só conseguiu materializar-se graças às forças histórico-políticas que realizaram a Revolução Francesa<sup>27</sup>. O fenômeno da codificação representou o rompimento com o direito doutrinal, a história e o passado, os costumes e as formulações jurisprudenciais, em favor das leis sistematizadas e positivadas sob a forma de código. Castanheira Neves explicita a racionalidade da idéia de código, no seu sentido cultural e juridicamente específico, ao dizer que o código não se reduzia a uma mera coletânea de leis, mas antes era entendido como “um *corpus* legislativo que se propunha, de modo racional, sistemático e unitário, a regulamentação total e exclusiva, e mesmo idealmente definitiva, de um certo domínio jurídico”<sup>28</sup>. Em razão de todos os pressupostos acima enunciados, os códigos foram recebidos simultaneamente como “monumentos legislativos definitivos, cientificamente fundados e democraticamente legitimados”<sup>29</sup>.

### 1.2.1 Postulados caracterizadores da Escola da Exegese

Serão analisados, na seqüência, os postulados que ajudam a explicar a ossatura teórica da Escola da Exegese. O primeiro postulado se perfaz na *identificação do direito à lei*. Trata-se, à evidência, de uma consequência direta do fenômeno cultural da codificação, a refutar a legitimidade de qualquer norma alheia ao direito positivo. A Escola da Exegese se notabilizou pela idéia de que perante os códigos não poderiam subsistir quaisquer outras fontes de direito. Inexistiria qualquer direito para além daquele positivado pelo Estado. A

---

<sup>26</sup> Perante a legitimidade democrática da legislação deviam curvar-se todas as antigas formas de legitimidade, desde a legitimidade do direito divino à oriunda da tradição. Cf. Hespanha, António Manuel. *Cultura jurídica européia: síntese de um milênio*. p. 346. Ainda segundo o historiador português, a lei era simultaneamente o “produto da (i) vontade popular e, para mais, de uma (ii) vontade geral, de todo o povo, liberta de despotismo e de espírito de facção, que, portanto, (iii) exprimia o interesse geral e (iv) explicitava as ambições mais generalizadas de felicidade”. Hespanha, António Manuel. *Cultura jurídica européia: síntese de um milênio*. p. 346.

<sup>27</sup> Cf. Bobbio, Norberto. *O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito*. pp. 64-65; Castanheira Neves, Antonio. *Escola da Exegese. Digesta: escritos acerca do direito, do pensamento jurídico, de sua metodologia e outros*. p. 182.

<sup>28</sup> Castanheira Neves, Antonio. *Escola da Exegese. Digesta: escritos acerca do direito, do pensamento jurídico, de sua metodologia e outros*. p. 182.

<sup>29</sup> Hespanha, Antonio Manuel. *Cultura jurídica européia: síntese de um milênio*. p. 378.

Escola da Exegese consubstancia uma concepção estatista do direito, a culminar na identificação do Estado como fonte exclusiva do Direito.

O segundo postulado da Escola da Exegese assenta-se na *exclusividade da lei como critério jurídico-decisório*, com o que também se manifesta, sem mais, a sua teoria da normatividade jurídica. A Escola da Exegese considerava que os critérios decisórios da realização do direito seriam oferecidos exclusivamente pelo conteúdo normatizado na lei. O juiz era tido como um mero servidor da lei, e não deveria buscar fora dela quaisquer regras para guiá-lo no processo de aplicação do direito<sup>30</sup>. A Escola da Exegese recusava quer a validade quer a necessidade da utilização de qualquer outro critério que não o conteúdo normatizado na lei<sup>31</sup>. A lei seria não só a única fonte do direito como também o critério normativo-jurídico exclusivo<sup>32</sup>.

Esta pretensão de exclusividade normativa na realização do direito remontava já a Montesquieu e sua célebre frase de que os juízes deveriam ser “a boca que pronuncia a palavra das leis, seres inanimados que desta lei não podem moderar nem a força nem o rigor”<sup>33</sup>. O radicalismo da política de supressão da individualidade do juiz na tarefa práctico-decisória contribuiu para a instituição do *Tribunal de Cassation*, cuja função era a de censurar a “*contravention expresse au texte de la loi*”. Como bem sintetizado por Hespanha, a Revolução havia sido feita também contra a tirania dos juízes e o seu monopólio de “dizer o direito”. Pode-se dizer que, do ponto de vista político-jurídico, a desconfiança da Revolução em relação aos juízes será responsável pela política da “aplicação estrita da lei”, ou seja, a *exclusividade da lei como critério jurídico-decisório*.

O terceiro postulado que caracteriza a Escola da Exegese é o da *suficiência da lei*. Tal postulado assenta-se na afirmação da *inexistência de lacunas* no sistema da lei civil codificada, e por conclusão, da *completude do sistema*. Para que possam ser compreendidas as origens deste postulado, é necessário que se faça referência ao artigo 4º do Código Civil Francês, e as diferentes perspectivas acerca do significado deste dispositivo, segundo os

---

<sup>30</sup> Perelman, Chaim. *Lógica jurídica: nova retórica*. p. 54.

<sup>31</sup> Castanheira Neves, Antonio. *Escola da Exegese. Digesta: escritos acerca do direito, do pensamento jurídico, de sua metodologia e outros*. p. 184.

<sup>32</sup> Norberto Bobbio utiliza-se de outra expressão, qual seja: *princípio da certeza do direito*, para igualmente afirmar a exclusividade da lei enquanto critério jurídico-decisório. Para Bobbio, “a certeza só é garantida quando existe um corpo estável de leis, e aqueles que devem resolver as controvérsias *se fundam nas normas nele contidas e não em outros critérios*”. Cf. Bobbio, Norberto. *O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito*. p. 80.

redatores do Código Civil e os primeiros doutrinadores da Escola da Exegese. Afirmava o art. 4º: “O juiz que se recusar a julgar sob o pretexto do silêncio, da obscuridade ou da insuficiência da lei, poderá ser processado como culpável de justiça denegada”. O artigo em referência estabelece a obrigatoriedade da prestação jurisdicional, não admitindo a possibilidade do juiz abster-se de decidir (*non liquet*), sob o pretexto de que a lei não oferece nenhuma *regula decidendi*.

Segundo Bobbio, a exegese do art. 4º realizada pelos primeiros doutrinadores da Escola da Exegese foi a de que, naqueles casos de silêncio ou incerteza da lei, os juízes deveriam “buscar no interior do próprio sistema legislativo (recorrendo à aplicação analógica ou aos princípios gerais do direito)” a solução para o caso concreto<sup>34</sup>. Adotou-se o princípio da *auto-integração*, que terminou por sedimentar na consciência jurídica o *dogma da onipotência do legislador*. Para a Escola da Exegese o Código Civil disciplinaria todos os casos da vida que lhe fossem apresentados (o que satisfaria o princípio da completude da lei).

No que tange ao aspecto metodológico, a Escola da Exegese notabilizou-se por um positivismo exegético. O princípio metodológico basilar desta escola é o da fidelidade ao texto da lei, o “culto do texto da lei”<sup>35</sup>. Nos dizeres de Castanheira Neves, a interpretação era “subjetivo-histórica no seu objetivo hermenêutico e dedutivo-formal (ou lógico-dogmática) na sua índole metodológica”<sup>36</sup>. Todos os esforços eram envidados primeiramente no sentido de uma interpretação analítica, enfatizando o elemento filológico-gramatical. Em havendo dúvidas acerca do sentido da norma, buscava-se encontrar a vontade do legislador histórico. Daí, portanto, o seu caráter subjetivo-histórico. Já o caráter dedutivo-formal se perfazia na prática da “explicitação hermenêutica de imperativas proposições textuais a articular numa

---

<sup>33</sup> Montesquieu, Charles de. *Do espírito das leis*. trad. Jean Melville. São Paulo: Martin Claret, 2004. p. 172.

<sup>34</sup> Valendo-se de documentos históricos que retratam os discursos dos redatores do Código Civil, quando da apresentação de seu primeiro projeto, Bobbio afirma que a solução que eles tinham em mente era outra, isto é “deixar aberta a possibilidade de *livre criação do direito por parte do juiz*”. Os redatores seriam partidários do que se convencionou chamar de hetero-integração do ordenamento jurídico, deixando ao juiz a possibilidade de resolver a controvérsia através de um juízo pessoal de equidade, recorrendo a um sistema normativo distinto do direito positivo, um sistema moral ou natural. Bobbio sentencia que a “intenção dos redatores do art. 4º fosse a de deixar uma porta aberta ao poder criativo do juiz ressalta claramente do teor do art. 9º do Livro Preliminar do projeto (artigo que foi eliminado no texto definitivo por obra do Conselho de Estado): Nas matérias civis, o juiz, na falta de leis precisas, é um ministro de equidade. A equidade é o retorno à lei natural e aos usos adotados no silêncio da lei positiva”. Bobbio, Norberto. *O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito*. pp. 73-76.

<sup>35</sup> Castanheira Neves, Antonio. *Escola da Exegese. Digesta: escritos acerca do direito, do pensamento jurídico, de sua metodologia e outros*. p. 187.

<sup>36</sup> Castanheira Neves, Antonio. *Escola da Exegese. Digesta: escritos acerca do direito, do pensamento jurídico, de sua metodologia e outros*. p. 187



conexão sistemática (lógico-racional sistemática)”<sup>37</sup>. A Escola da Exegese procedia mediante operações “lógico-conceituais de determinação significativa e operações lógico-dedutivas de conclusão necessária a partir de definidas premissas”<sup>38</sup>.

Na aplicação concreta da lei a Escola da Exegese partia do pressuposto de que sua atividade seria meramente declaratória. Para a Escola da Exegese o jurista conhecia o direito de maneira lógico-formal e aplicava-o também lógico-formalmente; nisso consistiria o *método jurídico*. As ferramentas para a decisão do caso já haviam sido postas pelo ordenamento jurídico. A norma legal formaria a premissa maior, os fatos a premissa menor, sendo a decisão a conclusão do silogismo. A hermenêutica da Escola da Exegese se resumiria, de um lado, à interpretação do texto da norma – a desencadear como visto na *reelaboração da vontade do legislador* -, e, de outro, a qualificação jurídico-conceitual dos fatos para a posterior subsunção (também através de uma operação lógica).

### **1.3. A Jurisprudência dos Conceitos [*Begriffsjurisprudenz*] ou Pandectística [*Pandektenwissenschaft*]**

A jurisprudência dos conceitos ou pandectística surgiu em meados do século XIX, na Alemanha, e significou o ápice do formalismo jurídico neste país, a partir de uma guinada para um método dogmático-construtivo<sup>39</sup>. A jurisprudência dos conceitos emergiu como um desdobramento da Escola Histórica do Direito, de Friedrich Carl Von Savigny, ao desviar-se do caráter histórico da ciência do direito, para a busca, sobretudo, do seu caráter científico e sistemático<sup>40</sup>. A jurisprudência dos conceitos, descendendo da linha romanista da Escola Histórica – à qual se contrapunham os germanistas – utilizou especialmente as fontes do direito romano, cuja sistematização foi o seu principal legado.

---

<sup>37</sup> Castanheira Neves, Antonio. *Escola da Exegese. Digesta: escritos acerca do direito, do pensamento jurídico, de sua metodologia e outros*. p. 188.

<sup>38</sup> Castanheira Neves, Antonio. *Escola da Exegese. Digesta: escritos acerca do direito, do pensamento jurídico, de sua metodologia e outros*. p. 188.

<sup>39</sup> Segundo Antonio Manuel Hespanha: “A designação “pandectística” deve-se ao fato de que esta escola volta a valorizar o digesto romano (pandectas) – sobretudo na medida que é nele que se funda a tradição de construção sistemática e dogmática que marcou a cultura jurídica alemã dos dois últimos séculos”. Hespanha, Antonio Manuel. *Cultura jurídica europeia: síntese de um milênio*. p. 391.

<sup>40</sup> Não que uma preocupação sistemática já não estivesse presente em Savigny. Conforme aduz Larenz: “(...) Savigny (que nesta medida não foi insensível à filosofia da sua época) acentuou desde o começo, ao lado do caráter histórico e com idêntica importância, o caráter filosófico ou sistemático da ciência do direito – vindo a segui-lo, de resto, nesta alta valorização do sistema científico, quase todos os juristas representativos da Alemanha do século XIX. Cf. Larenz, Karl. *Metodologia da ciência do direito*. trad. José Lamego. 2ª ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1983. p. 19.

Georg Friedrich Puchta (1798-1846), último discípulo direto de Savigny, é considerado o fundador desta vertente teórica. Também merecem destaque Rudolf von Jhering (1818-1892), Bernhard Windscheid (1817-1892) e Paul Laband (1838-1918), que transportou a pandectística para o direito público.

Um dos elementos caracterizadores da jurisprudência dos conceitos é a indução de princípios jurídicos a partir de conceitos<sup>41</sup>. O jurista deveria induzir princípios gerais neutralmente, sem se deixar levar por considerações de caráter político, ético ou econômico. Segundo Wieacker, esta concepção da ciência jurídica estava ligada ao positivismo científico, “o qual deduzia as normas jurídicas e a sua aplicação exclusivamente a partir do sistema, dos conceitos e dos princípios doutrinários da ciência jurídica, sem conceder a valores ou objetivos extra-jurídicos”<sup>42</sup>. Esta metodologia serviu, ademais, para reforçar a crença de que a lei seria fecunda por si mesma, sem necessidade de recurso à realidade da vida. O isolacionismo da jurisprudência dos conceitos será um dos flancos de ataque das escolas vindouras, conforme se verá a seguir.

Segundo Wieacker, Puchta foi o fundador da clássica jurisprudência dos conceitos do séc. XIX, abrindo caminho para o formalismo que iria afirmar-se durante mais de um século. A originalidade da contribuição de Puchta reside exatamente na proposta de um sistema lógico ao estilo de uma “pirâmide de conceitos”, construído segundo as regras da lógica formal. Na pirâmide conceitual proposta por Puchta um conceito inferior deveria necessariamente subsumir-se a um conceito superior. O conceito superior, supremo, do qual se deduzem todos os outros, co-determina os restantes através do seu conteúdo. Este conceito supremo, para Puchta, não derivaria do direito positivo, mas seria dado pela filosofia do direito: é o conceito de liberdade kantiana. Conforme acentua Larenz, “só pode ser direito o que se deixe subordinar a esse conceito fundamental”<sup>43</sup>.

---

<sup>41</sup> Arthur Kaufmann nos dá o seguinte exemplo da dedução de princípios jurídicos a partir de meros conceitos: “por exemplo, do conceito ‘pessoa jurídica’ retira-se a consequência de que a pessoa jurídica, enquanto ‘pessoa’, é suscetível de ser ofendida e de ser incriminada”. Kaufmann, Arthur. Hassemer, Winfried. *Introdução à filosofia do direito e à teoria do direito contemporâneas*. trad. Marcos Keel. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian. 2002. p. 168.

<sup>42</sup> Wieacker, Franz. *História do direito privado moderno*. 3ª Ed. trad. A. M. Botelho Hespanha. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2004. p. 492.

<sup>43</sup> Larenz, Karl. *Metodologia da ciência do direito*. trad. José Lamego. 2ª ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1983. p. 23.

No que se refere ao método, a jurisprudência dos conceitos pode ser sintetizada, segundo Hespanha, por alguns dogmas, quais sejam: (i) a teoria da subsunção; (ii) a plenitude lógica do ordenamento jurídico; (iii) a interpretação “objetivista”.

A teoria da subsunção da jurisprudência dos conceitos difere da teoria da subsunção de origem legalista, na medida em que a premissa maior identifica-se com um *conceito de direito*, e não com a lei. A teoria da subsunção da pandectística propunha que a resolução de um caso concreto se daria mediante a subsunção de um fato da vida (premissa menor) ao direito – i. é, um princípio de direito (premissa maior) –, concluindo-se de maneira silogística<sup>44</sup>.

O dogma da plenitude lógica do ordenamento jurídico se perfaz na crença de que muito embora possam existir casos não regulados por uma norma jurídica em particular (i.é, embora o ordenamento jurídico apresente lacunas), o sistema como um todo seria capaz de abarcar a resolução de todos os casos jurídicos. Nos dizeres de Wieacker, “o lugar dos conceitos na pirâmide conceitual e as conexões lógicas do sistema permitem imediatamente um preenchimento conseqüente das lacunas da lei positiva através da ‘construção criadora’”<sup>45</sup>.

Já o dogma da interpretação objetivista é uma decorrência necessária da crença no *sistema* e um reflexo do historicismo e do racionalismo, que marcaram o pensamento jurídico do século XIX<sup>46</sup>. Se o direito era um sistema coerente de conceitos, nada mais natural que o sentido das normas jurídicas fosse interpretado como aquele proveniente do contexto sistemático. Em oposição ao positivismo legalista, e tendo como norte a preservação da integridade do sistema, a jurisprudência dos conceitos abandona a interpretação da lei de acordo com a vontade do legislador histórico, em favor do uso da ficção do “legislador racional”, que continuamente “reescrive” o sentido das normas de acordo com o seu contexto sistemático, de modo que o sistema conserve a sua coerência<sup>47</sup>.

Bernhard Windscheid é o autor idealizador da tese da vontade racional do legislador. Windscheid se posiciona no sentido de superar a pesquisa da histórico-empírica

---

<sup>44</sup> Nos dizeres de Wieacker, dado que a ordem jurídica constitui um sistema fechado, seria possível “decidir corretamente todas as situações jurídicas apenas por meio de uma operação lógica que subsuma a situação real à valoração hipotética contida num princípio geral de caráter dogmático (e implícito também nos conceitos científicos)”. Wieacker, Franz. *História do direito privado moderno*. p. 494.

<sup>45</sup> Wieacker, Franz. *História do direito privado moderno*. p. 498.

<sup>46</sup> Larenz, Karl. *Metodologia da ciência do direito*. p. 35.

<sup>47</sup> Cf. Hespanha, Antonio Manuel. *Cultura jurídica européia: síntese de um milênio*. p. 400.

vontade do legislador pela busca de uma sua vontade racional. Para Windscheid a lei seria expressão de uma vontade racional e não do puro arbítrio, razão pela qual a interpretação deveria privilegiar, isto é, “extrair, por detrás do sentido a que o legislador quis dar expressão, o seu verdadeiro pensamento: deve não apenas ajustar à expressão insuficiente da lei o sentido realmente pensado pelo legislador, mas ainda imaginar o pensamento que o legislador não pensou até o fim (...)”<sup>48</sup>.

#### **1.4 A Jurisprudência dos Interesses [Interessenjurisprudenz]**

A jurisprudência dos interesses representa a viragem teórica sobre a jurisprudência dos conceitos. Trata-se de uma corrente do pensamento jurídico, nascida na Alemanha, no início do século XX, influenciada pela obra tardia de Rudolf von Jhering (1818-1892). Enquanto a jurisprudência dos conceitos defendia a subsunção como método decisório - fundado na concepção de que a ciência do direito deveria preocupar-se com a construção abstrata de um sistema fechado e auto-suficiente -, a jurisprudência dos interesses alertava para o caráter prático da ciência do direito, e para a necessária consideração das necessidades da vida social no processo de construção da solução jurídica.

A jurisprudência dos interesses erigiu como objetivo metodológico fundamental o problema das lacunas do ordenamento jurídico, que, como visto, em finais do século XIX e início do século XX, já havia se tornado premente. Na síntese de Antonio Manuel Hespanha, “a sua proposta base é a de que, constituindo qualquer caso jurídico um conflito de interesses, a decisão a atingir se deve basear numa adequada ponderação desses interesses e não a partir da dedução conceitual”<sup>49</sup>. Tratava-se, portanto, de refutar os dogmas da jurisprudência dos conceitos. Mas não só. A jurisprudência dos interesses lutava, conforme Heck, em duas frentes: contra a jurisprudência dos conceitos e contra a Escola do Direito Livre. Isto porque, como se verá a seguir, a jurisprudência dos interesses buscava preservar a tradição do tipo legalista, algo que a Escola do Direito Livre dispensou<sup>50</sup>.

A jurisprudência dos interesses tem como fundador e principal expoente Philipp Heck (1858-1943), que na esteira do pensamento do “segundo” Jhering lançou as obras

---

<sup>48</sup> Windscheid, Bernhard. *Lehrbuch der Pandekten*, p. 54. *apud* Larenz, Karl. *Metodologia da ciência do direito*. p. 32.

<sup>49</sup> Hespanha, Antonio Manuel. *Cultura jurídica européia: síntese de um milênio*. p. 409.

fundamentais: *Gesetzesauslegung und Interessenjurisprudenz*, *Das Problem der Rechtsgewinnung* e *Begriffsbildung und Interessenjurisprudenz*. Igualmente merecem destaque os autores da chamada Escola de Tubinga: Heinrich Stoll, com o estudo *Begriff und Konstruktion in der Lehre der Interessenjurisprudenz*, Rudolf Müller-Erbach, com *Reichsgericht und Interessenjurisprudenz, Festschrift für das Reichsgericht*<sup>51</sup>, além de Max Rümellin e Eugen Locher<sup>52</sup>.

Enquanto movimento metodológico refratário à jurisprudência dos conceitos e, portanto, com intenções reformadoras, a jurisprudência dos interesses partilhou, juntamente com outras correntes que lhe são contemporâneas - como a Escola do Direito Livre, a Livre Investigação Científica de F. Geny, a Jurisprudência Sociológica e a Jurisprudência Teleológica – de alguns pressupostos metodológicos fundamentais.

Segundo Castanheira Neves, o tronco comum destas escolas pode ser sintetizado nos seguintes elementos: (i) abandono da intenção formalista, substituindo-a por uma intenção finalista; (ii) reconhecimento das lacunas; (iii) preocupação com a decisão concreta, colocando-se em primeiro plano o momento da realização do direito através da sentença judicial; (iv) convocação de critérios normativos extra-textuais, fossem eles os interesses, os fins ou os valores, em oposição ao anterior isolamento do direito relativamente ao seu contexto social e histórico-cultural; (v) alteração dos valores que o direito deveria servir; para além do valor segurança jurídica, buscava-se a obtenção do valor justiça, através de uma adequação material do direito às exigências da vida; (vi) alteração da racionalidade teórica para a racionalidade prática; a atividade judicial implicaria necessariamente uma valoração prático-normativa<sup>53</sup>.

Apesar de partilhar de elementos comuns com outras escolas do pensamento jurídico, a jurisprudência dos interesses diferenciava-se em razão de alguns pressupostos metodológicos e de método. Dentre os pressupostos metodológicos que definem a

---

<sup>50</sup> Wolkmer, Antonio Carlos. *Síntese de uma história das idéias jurídicas: da antiguidade clássica à modernidade*. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2006. p. 203; Neves, Antonio Castanheira. *Jurisprudência dos Interesses. Digesta: escritos acerca do direito, do pensamento jurídico, de sua metodologia e outros*. p. 224.

<sup>51</sup> Cf. Larenz, Karl. *Metodologia da ciência do direito*. p. 57.

<sup>52</sup> Cf. Wieacker, Franz. *História do direito privado moderno*. p. 665.

<sup>53</sup> Neves, Antonio Castanheira. *Jurisprudência dos Interesses. Digesta: escritos acerca do direito, do pensamento jurídico, de sua metodologia e outros*. pp. 217-223.

particularidade da jurisprudência dos interesses podemos destacar o princípio da obediência à lei e a perspectivização do direito pelos interesses<sup>54</sup>.

A jurisprudência dos interesses defendia a necessária obediência do juiz à lei, em virtude de uma valoração que privilegiava o argumento democrático, isto é, a submissão da vontade particular à vontade coletiva manifestada sob a forma da lei. Esta corrente mantém-se fiel a tradição legalista, pois se apresenta como uma técnica da aplicação judicial da lei, onde o juiz deve seguir “‘com uma obediência inteligente’ (na feliz expressão de Heck), a escolha de interesses feita pelo legislador, mesmo quando no caso concreto, o interesse protegido lhe parecer menos digno de tutela que o interesse contrário”<sup>55</sup>.

Há que se ressaltar que o legalismo da jurisprudência dos interesses - pautado na defesa do quadro geral dado pela norma -, assume um caráter diverso daquele legalismo de caráter lógico-dedutivo. Segundo Antonio Manuel Hespanha:

Embora não se esteja a decidir de acordo com a letra da lei (porque ela não prevê de todo ou não prevê em termos claros o caso), está-se pelo menos a respeitar a avaliação dos interesses legalmente estabelecidos e a partir dela para um construtivismo de outro tipo. Não o da dedução conceitual, típico da pandectística, mas o da análise das valorações legais e da sua extensão a casos não previstos<sup>56</sup>.

Assim, no que tange ao método, a Jurisprudência dos Interesses defendia uma postura finalista, que correspondesse aos interesses da vida social em conflito. O caráter lacunoso do ordenamento jurídico impediria que o juiz encontrasse a solução jurídica através da subsunção. Era necessário, portanto, que o juiz, para a solução do caso concreto, não se resumisse à subsunção legal. Tal afirmação, porém, não significava que o juiz deveria solucionar o caso através de uma dedução lógica a partir de um sistema ou de conceitos (método da inversão<sup>57</sup>). A metodologia proposta pela jurisprudência dos interesses dispõe que o juiz, no processo de achamento da decisão, “deve conhecer com rigor, historicamente, os

---

<sup>54</sup> Neves, Antonio Castanheira. *Jurisprudência dos Interesses. Digesta*: escritos acerca do direito, do pensamento jurídico, de sua metodologia e outros. pp. 223-224.

<sup>55</sup> Wieacker, Franz. *História do direito privado moderno*. p. 667.

<sup>56</sup> Hespanha, Antonio Manuel. *Cultura jurídica européia*: síntese de um milênio. p. 409.

<sup>57</sup> Extrair, por via de conclusão lógica, dos conceitos jurídicos, novas proposições jurídicas não previstas em lei. Cf. Larenz, Karl. *Metodologia da ciência do direito*. p. 62.

interesses reais que causaram a lei e de tomar em conta, na decisão de cada caso, os interesses que se descobriam”<sup>58</sup>.

A jurisprudência dos interesses revolucionou a prática jurídica da época, ao substituir o método decisório lógico-subsuntivo pela ponderação dos interesses da vida social em jogo. Outrossim, o legado da Jurisprudência dos Interesses reflete-se hoje nas construções metodológicas que afirmam que a decisão jurídica não se confunde necessariamente com a subsunção, mas antes afirma-se como solução prática.

### 1.5 A Escola do Direito Livre

A Escola do Direito Livre designa o movimento radical de contestação ao positivismo lógico e ao positivismo conceitual, em especial à escola pandectística alemã (*Pandektenwissenschaft*). Surgido no início do século XX, na Alemanha, afirmava o direito como o resultado da criação dos juristas, sobretudo dos juízes, na sua atividade prático-decisória, pleiteando uma maior liberalidade de conformação judicial, mediante o apelo a critérios normativos extralegais e, em última instância, na sensibilidade do juiz para buscar o justo no caso concreto<sup>59</sup>.

Embora possam ser considerados como precursores autores como Bülow<sup>60</sup>, G. Rümelin e E. Danz, o movimento apenas ganha destaque e autonomia com a publicação da obra *Freie Rechtsfindung und Freie Rechtswissenschaft*, em 1903, por Eugen Ehrlich (1869-1922). Segue-se à publicação desta obra aquele que é considerado por Castanheira Neves o

---

<sup>58</sup> Larenz, Karl. *Metodologia da ciência do direito*. p. 59. Nos dizeres de Wieacker: “O método de achamento da solução jurídica proposto em vez deste pela jurisprudência dos interesses baseia-se no pressuposto de que cada norma legal constitui uma máxima do legislador para a solução do conflito de interesses por ele surpreendido e tido em vista. Assim, cada norma legal subjazeria um ato de valoração de interesses e uma opção voluntarista entre várias valorizações possíveis dos interesses opostos”. Wieacker, Franz. *História do direito privado moderno*. p. 666.

<sup>59</sup> Cf. Hespanha, Antonio Manuel. *Cultura jurídica europeia: síntese de um milênio*. pp. 406-408. Neves, Antonio Castanheira. *Escola do Direito Livre. Digesta: escritos acerca do direito, do pensamento jurídico, de sua metodologia e outros*. pp. 193-195.

<sup>60</sup> Karl Larenz aponta Oskar Bülow como precursor da Escola do Direito Livre. Segundo Larenz, a obra escrita por Bülow em 1885, intitulada *Gesetz und Richteramt* (Lei e função judicial), foi importante ao expor a idéia de que “cada decisão não é apenas a aplicação de uma norma já pronta, mas também uma atividade criadora de Direito”. Segundo Larenz, em razão de algumas omissões acerca dos critérios em que o juiz deve se basear em sua busca pelo justo, a obra de Bülow foi interpretada tanto como pertencente à jurisprudência teleológica quanto à teoria do “direito livre”. Cf. Larenz, Karl. *Metodologia da ciência do direito*. p. 70. Antonio Manuel Hespanha destaca a origem da Escola do Direito Livre em Ernest Fuchs (1859-1929), que com a obra *Die Gemeinshädlichkeit der konstruktiven Jurisprudenz* [O caráter socialmente danoso da jurisprudência construtiva], escrita em 1907, afirmava que o juiz, no processo de achamento da solução jurídica, parte do seu sentido de justiça (Rechtsgefühl) e não da lei. Cf. Hespanha, Antonio Manuel. *Cultura jurídica europeia: síntese de um milênio*. pp. 406-407.

manifesto do movimento: *Der Kampf um die Rechtswissenschaft*, de Hermann Kantorowicz (1877-1940), escrito sob o pseudônimo de Gnaeus Flavius, em 1906. Também merece destaque na historiografia do movimento a obra de H. Ysay, *Rechtsnorm und Entscheidung*, publicada em 1929.

Como já mencionado, a Escola do Direito Livre contrapunha-se fundamentalmente à concepção metodológica consagrada pela pandectística alemã. Travou, pois, duro combate com os postulados fundamentais do positivismo lógico-conceitual, que afirmava: (i) o legalismo estatista; (ii) a plenitude lógica do sistema jurídico; (iii) o direito como uma entidade racional subsistente em si<sup>61</sup>.

Os principais autores da Escola do Direito Livre são unânimes na rejeição deste primeiro postulado. Para os autores do movimento<sup>62</sup>, o Estado não pode ser considerado fonte exclusiva do Direito. A partir da defesa da existência de fontes extralegais, lei e direito passam a ser entidades distintas. Eugen Ehrlich, considerado o fundador da sociologia do direito, destacou-se por posicionar-se pela existência de um direito não estatal. Segundo Ehrlich: “querer aprisionar o direito de uma época ou de um povo nos parágrafos de um código corresponde mais ou menos ao mesmo que querer represar um grande rio num açude: o que entra não é mais correnteza viva, mas água morta e muita coisa simplesmente não entra”<sup>63</sup>. Ehrlich deixa claro que não se pode reduzir todo o Direito ao direito estatal, pois o Estado é, em sua teoria, apenas um dos grupos sociais existentes.

A Escola do Direito Livre afirmava que o direito não se identificava - não se resumia - às leis prescritas pelo Estado, com o que sustentava a existência de um direito para-estatal (e.g. o direito consuetudinário, provindo das comunidades). Em pé de igualdade com o Direito Estatal subsistiria um direito decorrente das decisões das instâncias judiciais e o elaborado pela Ciência do Direito<sup>64</sup>.

Em segundo lugar a Escola do Direito Livre renegava a concepção do direito enquanto entidade lógico-normativa auto-suficiente, enquanto sistema fechado, capaz de

---

<sup>61</sup> Cf. Neves, Antonio Castanheira. *Escola do Direito Livre. Digesta: escritos acerca do direito, do pensamento jurídico, de sua metodologia e outros*. p. 196.

<sup>62</sup> A Escola do Direito Livre também é conhecida como movimento livre do direito. Isto porque alguns autores ressaltam o seu aspecto militante.

<sup>63</sup> Ehrlich, Eugen. *Fundamentos de sociologia do direito*. trad. René Ernani Gertz. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1986. p. 374

<sup>64</sup> Cf. Larenz, Karl. *Metodologia da ciência do direito*. p. 71.



fornecer todas as respostas para todos os conflitos, bastando para tanto o desenvolvimento de suas potencialidades sistemáticas. A Escola do Direito Livre reconhecia a existência de lacunas, ou melhor, a intrínseca lacunosidade do sistema jurídico, o que acarretaria, necessariamente, no reconhecimento da necessidade de produção do “direito livre”<sup>65</sup>.

Em terceiro lugar, a Escola do Direito Livre recusava a pressuposição do direito enquanto sistema lógico-razionalmente determinável e lógico-dedutivamente aplicável. Esta escola não reconhecia o direito e o pensamento jurídico enquanto pura atividade teórica, no sentido de poder ser conhecido de maneira *a priori*, a-historicamente, isto é, desconsiderando as particularidades do caso concreto e sem considerações acerca da realidade histórica<sup>66</sup>. Igualmente, se opunha à metodologia lógico-dedutiva do positivismo, que negava a livre criação do direito ao remeter a decisão à subsunção em relação à lei ou aos conceitos científicos<sup>67</sup>. Na crítica tenaz de Ehrlich “(...) o princípio da unidade lógica do sistema jurídico não é uma verdade cientificamente comprovada, mas sim apenas o esforço prático de dar ao juiz um número suficiente de normas de decisão para todos os casos que possam ocorrer e comprometê-lo, dentro do possível, com elas”<sup>68</sup>.

O Movimento Livre do Direito sustentava a imprescindibilidade da valoração. Contra a concepção do juiz enquanto máquina de subsunção (boca que pronuncia as palavras da lei) ressaltava a necessidade da valoração para a aplicação do direito<sup>69</sup>. Contra a dedução lógico-formal ressaltava o papel proeminente da vontade e do sentimento. Sustentava, pois, que não se poderia (tal como advogava o positivismo) anular por completo a individualidade do juiz. A atividade judicial seria uma atividade *criadora*. Entretanto, esta atividade criadora não seria pautada por ponderações racionais, mas pelo sentimento e pela vontade. O

---

<sup>65</sup> Cf. Neves, Antonio Castanheira. *Escola do Direito Livre. Digesta: escritos acerca do direito, do pensamento jurídico, de sua metodologia e outros*. pp. 196-201.

<sup>66</sup> Cf. Neves, Antonio Castanheira. *Escola do Direito Livre. Digesta: escritos acerca do direito, do pensamento jurídico, de sua metodologia e outros*. p. 196.

<sup>67</sup> Wieacker, Franz. *História do direito privado moderno*. p. 671.

<sup>68</sup> Ehrlich, Eugen. *Fundamentos de sociologia do direito*. p. 22.

<sup>69</sup> Robert Alexy destaca que a idéia da imprescindibilidade da valoração foi amplamente aceita pela metodologia jurídica contemporânea, restando controversa, porém, a questão de “onde e em que medida são necessárias valorações, como deve ser determinada a relação dessas com os métodos de interpretação jurídica, etc”. Segundo Alexy: “Em quase todos os escritos de metodologia destaca-se atualmente que a Ciência do Direito e a jurisprudência não podem prescindir de tais valorações. Nesse sentido, Larenz fala do ‘reconhecimento de que a aplicação da lei não se esgota na subsunção, mas exige, em grande medida, valorações do aplicador’. Müller considera que ‘uma Ciência do Direito e uma jurisprudência sem decisões nem valorações...(não seria) prática nem real’. Esser constata que ‘as valorações...(têm) uma importância central, de algum modo problemática, em todas as decisões’”. Cf. Alexy, Robert. *Teoria da argumentação jurídica: a teoria do*

sentimento jurídico seria capaz de chegar antecipadamente ao resultado da decisão, razão pela qual se sustentará que “é a vontade de chegar a uma decisão já antecipadamente conhecida que preside a escolha dos lugares da lei que permitem fundamentar essa decisão”<sup>70</sup>. Com o que, complementa Larenz: “o que num caso nos leva a interpretar extensiva ou analogicamente e em outro literal ou até restritivamente, não é a lei e a lógica, mas o Direito livre e a vontade”<sup>71</sup>.

É curioso notar como esta concepção continua tendo repercussão, ainda que imiscuída a outras correntes teóricas. Em recente decisão proferida no Supremo Tribunal Federal, o ministro Marco Aurélio de Mello assim se pronuncia: “Ao examinar-se a lide, o magistrado deve idealizar a solução mais justa, considerada a respectiva formação humanística. Somente após, cabe recorrer à dogmática para, encontrado o indispensável apoio, formalizá-la”<sup>72</sup>.

Para Castanheira Neves, enquanto crítica às concepções metodológicas assentes na aplicação subsuntiva ou lógico-dedutiva do direito, a Escola do Direito Livre fez coro à Jurisprudência dos Interesses e também à *Libre Recherche Scientifique* de Geny. O que a diferiria destas correntes seriam algumas notas de radicalidade, quais sejam: (i) a ênfase na natureza do direito enquanto realização histórico-social, enquanto sistema de decisões, em contraposição à visão do direito enquanto sistema de normas; (ii) a idéia de que o elemento criador do direito seria a vontade, e não a razão<sup>73</sup>.

Wieacker ainda destaca como nota diferenciadora da Escola do Direito Livre a defesa da possibilidade do juiz desviar-se da lei sempre que a considerasse injusta ou inadequada para a aplicação a um caso concreto, como um dos motivos que fez a Escola do

discurso racional como teoria da justificação jurídica. trad. Zilda Hutchinson Schild Silva. São Paulo: Landy, 2008. p. 38.

<sup>70</sup> Cf. Larenz, Karl. *Metodologia da ciência do direito*. p. 72.

<sup>71</sup> Cf. Larenz, Karl. *Metodologia da ciência do direito*. p. 72.

<sup>72</sup> Cf. RDA, 188:288, RE 111.787. Exemplo extraído de Barroso. Cf. Barroso, Luis Roberto. *Interpretação e aplicação da constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora*. 6ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 286.

<sup>73</sup> Neves, Antonio Castanheira. *Escola do Direito Livre. Digesta: escritos acerca do direito, do pensamento jurídico, de sua metodologia e outros*. pp. 197-201. Karl Larenz também destaca a semelhança da Escola do Direito Livre com outras escolas do pensamento jurídico que lhe foram contemporâneas. Segundo Larenz: “A dificuldade de uma delimitação do “Movimento do Direito Livre” frente a correntes afins como, por exemplo, a Jurisprudência dos interesses ou o método sociológico de achamento do direito decorre da falta de clareza do termo “Direito livre”. Os partidários do Direito livre deixaram, no fundo, à disposição de cada um que por tal entenda aquilo que lhe pareça”. Cf. Larenz, Karl. *Metodologia da ciência do direito*. p. 71.

Direito Livre cair em descrédito<sup>74</sup>. Também para Larenz a ênfase na vontade e no sentimento, em desfavor de uma ponderação racional, fez com que à época “a prática jurídica tenha seguido predominantemente a Jurisprudência dos Interesses, e não a teoria do direito livre”<sup>75</sup>. Será exatamente este desvio dos marcos da legalidade o principal traço de diferenciação da Escola do Direito Livre em relação à jurisprudência dos interesses.

De todo modo, apesar de alguns equívocos, sobretudo aqueles decorrentes da perda do caráter normativo de direito, em razão de uma defesa da decisão segundo elementos do caso concreto, a Escola do Direito livre contribuiu para a crítica a atividade decisória pautada pela aplicação subsuntiva ou lógico-dedutiva do direito, bem como para sedimentar a percepção da atividade decisória enquanto atividade criadora.

## 1.6 A teoria da interpretação jurídica de Hans Kelsen

A presente seção intenta realizar uma aproximação à teoria da interpretação jurídica de Hans Kelsen, apresentada na *teoria pura do direito*, já a partir da posição teórica de Friedrich Müller, isto é, a partir das críticas formuladas pela *teoria estruturante do direito*. Dado que as formulações kelsenianas se constituem em ponto de partida privilegiado para todas aquelas correntes que intentam superar e/ou negar o positivismo jurídico, uma sua exposição torna-se condição de possibilidade para a compreensão das teses que se lhe contrapõem. Assim é que a obra de Kelsen será abordada tendo em vista as críticas de Müller, em especial aquelas dirigidas à sua teoria da interpretação e à sua concepção de norma.

Para aqueles habituados à obra de Friedrich Müller, uma crítica à teoria da interpretação de Kelsen não chega a causar surpresa. Afinal, Müller decreta o colapso da

---

<sup>74</sup> Wieacker, ressalta, entretanto, que “a atribuição ao juiz da possibilidade de criar livremente o direito não tinha para estes juristas apaixonados o sentido, errado, de uma decisão segundo o arbítrio ou ainda segundo o saber privado do juiz, mas devia antes dar satisfação a necessidades ou interesses relevantes da sociedade”. Cf. Wieacker, Franz. *História do direito privado moderno*. p. 671. Antonio Manuel Hespanha, por outro lado, discorda que a Escola do Direito Livre advogue a possibilidade de decisões *contra legem*. Segundo o professor português: “O extremismo das posições metodológicas da Escola do Direito Livre foi matizado pela limitação desta liberdade de criação do direito aos casos em que existissem lacunas da lei”. Cf. Hespanha, Antonio Manuel. *Cultura jurídica européia: síntese de um milênio*. p. 407.

<sup>75</sup> Cf. Larenz, Karl. *Metodologia da ciência do direito*. p. 73. Sobre a questão da vinculatividade à lei, Ehrlich observou que o fato de que o juiz está em todos os sentidos comprometido com a lei impediu que normas extra-jurídicas se transformassem oficialmente na base para decisões, mas não impediu que isto acontecesse de fato, às vezes até de forma mal-camuflada. Cf. Ehrlich, Eugen. *Fundamentos de sociologia do direito*. p. 103.

teoria pura do direito ao dizer que, “ali onde Kelsen pensava dever parar, ali começa o trabalho”<sup>76</sup>.

Primeiramente buscar-se-á analisar alguns aspectos da teoria pura do direito, em especial o seu projeto epistemológico assente na distinção entre *ser* (*sein*) e *dever-ser* (*sollen*), com sua conseqüente concepção de norma e de ordenamento jurídico, a influenciar decisivamente a teoria da interpretação jurídica<sup>77</sup>. Tal análise se faz importante, pois como nos diz Luis Alberto Warat, Kelsen não se detém na construção da ciência do direito, mas “uma vez estabelecidas as regras de seu jogo epistemológico, decide aplicá-las para ver o que acontece”<sup>78</sup>.

Após a exposição do projeto epistemológico de Kelsen, será elaborada, na segunda sub-seção, uma exposição detalhada da teoria da interpretação jurídica proposta na Teoria Pura do Direito. Buscar-se-á descrever as principais categorias da teoria da interpretação de Kelsen, isto é: (i) as espécies de interpretação, (ii) a questão da moldura normativa e a (iii) possibilidade de criação de direito para além dos limites impostos pelo quadrante normativo.

Por fim, analisar-se-á criticamente a teoria da interpretação jurídica de Kelsen, buscando traçar linhas de contato com sua concepção de ciência, norma e ordenamento jurídico. As críticas à teoria da interpretação de Kelsen terão como fio condutor aquelas dispostas na teoria estruturante do direito, de Friedrich Müller, sem prejuízo da abordagem de outros autores. Estes serão utilizados, com senso de conveniência, sempre que suas críticas estejam albergadas, de alguma forma, pela teoria de Müller.

---

<sup>76</sup> Cf. Müller, Friedrich. *O novo paradigma do direito: introdução à teoria e metódica estruturantes do direito*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007. p. 248; O diálogo Kelsen/Müller é enfatizado sobretudo por Olivier Jouanjan no artigo “*De Hans Kelsen a Friedrich Müller – Método jurídico sob o paradigma pós-positivista*”. In: Müller, Friedrich. *O novo paradigma do direito: introdução à teoria e metódica estruturantes*. pp. 246-266. No âmbito da bibliografia brasileira, este diálogo é ressaltado em maior ou menor grau por autores como João Maurício Adeodato, Paulo Bonavides, Willis Santiago Guerra Filho, etc.; Cf. Adeodato, João Maurício. *Ética e retórica: para uma teoria da dogmática jurídica*. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 237; Bonavides, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 11ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2001. p. 458; Cf. Guerra Filho, Willis Santiago. *Pós-modernismo, pós-positivismo e o Direito como Filosofia*. In: *O poder das metáforas: homenagem aos 35 anos de docência de Luis Alberto Warat*. Porto Alegre: Livraria do advogado, 1998, pp. 61-67. Para uma exposição detalhada desta relação (também francamente inspirada na tese de Jouanjan): Santos, Rodrigo Miotto dos. *Método, racionalidade e legitimidade da decisão judicial: uma análise a partir da teoria estruturante de Friedrich Müller*. Dissertação. (Mestrado em Ciências Jurídicas) Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2006.

<sup>77</sup> Cf. Müller, Friedrich. *Teoria estruturante do direito*. pp 24-32.

<sup>78</sup> Warat, Luís Alberto; Pêpe, Albano Marcos Bastos. *Filosofia do direito: uma introdução crítica*. São Paulo: Moderna, 1996. p. 54.

### 1.6.1 A Teoria Pura do Direito: a distinção entre *ser* e *dever-ser* como traço fundamental do projeto epistemológico kelseniano

Com a teoria pura do direito, Kelsen propõe um novo paradigma epistemológico para a ciência do direito. A obra de Kelsen é uma epistemologia jurídica que pretende criticar e substituir o conhecimento jurídico-científico elaborado até então. A teoria pura procura responder à questão: *o que é e como é o Direito?* Isto não significa que Kelsen estivesse interessado com o direito em si. A preocupação de Kelsen era de cariz epistemológico. O que verdadeiramente objetivava responder era: O que é a ciência do direito? Como é possível fundar a ciência do direito?<sup>79</sup>

A teoria pura é uma teoria do direito positivo e, nas palavras de Kelsen, uma teoria geral do direito. Ela não se importa como o direito deve ser, mas sim como ele é. Não se preocupa, pois, em explicitá-lo, transformá-lo, nem tampouco justificá-lo, pois deve estar depurada de toda a ideologia (postulado da neutralidade valorativa da ciência). É eminentemente ciência do direito e não política do direito.<sup>80</sup>

O seu princípio fundamental é a “pureza” metodológica. Kelsen procurou erigir uma Ciência do Direito sob um ponto de vista exclusivamente jurídico, isto é, fundada sob bases exclusivamente normativas. A Teoria Pura do Direito, como ciência específica do direito, restringe-se, portanto, às normas jurídicas. Cabe à Ciência do Direito extirpar todos os elementos que lhe são estranhos, todos os elementos classificados como metajurídicos, caso queira alcançar o ideal de toda ciência: objetividade e exatidão<sup>81</sup>.

A preocupação cientificista de Kelsen merece ser melhor contextualizada. No final do século XIX e começo do século XX a autonomia da ciência jurídica estava em xeque. A ciência jurídica estava envolta numa luta fatricida entre positivistas empíricos de diversos matizes (positivismo jurídico sociológico de Rudolf v. Jhering no seu período tardio, positivismo psicológico de Ernest Rudolf Bierling) e defensores do Direito natural<sup>82</sup>. Kelsen procurou então salvaguardar a ciência do direito, ao propor que seu método e objeto fossem exclusivamente normativos.

---

<sup>79</sup> Cf. Kelsen, Hans. *Teoria pura do direito*. trad. João Baptista Machado. 7ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 01; Warat, Luís Alberto. *Filosofia do direito: uma introdução crítica*. pp. 48-49.

<sup>80</sup> Kelsen, Hans. *Teoria pura do direito*. p. 01; Warat, Luís Alberto. *Filosofia do direito*. p. 49; Troper, Michel. *Por una teoria del Estado*. trad. Maria Venegas Grau. Madrid: Dykinson, 2001. p. 26.

Como neokantiano, Kelsen empreende a fundamentação da autonomia metodológica da ciência do direito a partir da distinção entre ser e dever-ser. Esta diferença é, para Kelsen, insusceptível de maior explicação; é nos dada imediatamente à consciência. Segundo Kelsen:

“Ninguém pode negar que o enunciado: tal coisa é – ou seja, o enunciado através do qual descrevemos um ser fático – se distingue essencialmente do enunciado: algo deve ser – com o qual descrevemos uma norma – e que da circunstância de algo ser não se segue que algo deva ser, assim como da circunstância de que algo deve ser se não segue que algo seja”<sup>83</sup>.

Kelsen aduz que a ciência do direito não tem a ver com fatos, com a conduta efetiva dos homens (ser, *sein*), mas com o prescrito juridicamente (dever-ser, *sollen*); a ciência do direito não pode ser uma ciência da natureza, que se preocupa com a descrição de fatos e a investigação causal. O jurista austríaco refuta, assim, o estatuto de cientificidade do positivismo empírico, que se arroga como verdadeira ciência do direito, por proceder empiricamente, do mesmo modo que as ciências da natureza<sup>84</sup>.

Outrossim, Kelsen propõe a separação do direito da política. A ciência do direito não pode ser confundida com a jurisprudência dogmática, que procede de modo normativo (valorativo)<sup>85</sup>. A jurisprudência dogmática pertenceria ao âmbito da política do direito. Firme no postulado da neutralidade valorativa da ciência, Kelsen afirma que a ciência do direito só pode ser uma ciência das formas puras do direito, uma ciência puramente normativa.

Como nos ensina Castanheira Neves, Kelsen une elementos do neokantismo e do positivismo científico para extirpar, respectivamente, a sociologia e a política do âmbito da ciência do direito. Nas palavras do catedrático de Coimbra:

(...) o seu neokantismo de origem lhe determinou um dualismo metodológico em que o postulado de *não sociologização* da ciência do direito foi evidente corolário e se exprimiria numa delimitativa ou específica intencionalidade objetivante, o seu positivismo científico (o positivismo do herdado cientificismo do século XIX e epistemologicamente depurado na radicalização empírico-analítica deste século) impôs-lhe, por sua vez, e para o cumprimento estrito

<sup>81</sup> Kelsen, Hans. *Teoria pura do direito*. p. 01.

<sup>82</sup> Kaufmann, Arthur. *Filosofia do direito*. p. 21.

<sup>83</sup> Kelsen, Hans. *Teoria pura do direito*. p. 06.

<sup>84</sup> Kaufmann, Arthur. *Filosofia do direito*. p. 21.

<sup>85</sup> Kaufmann, Arthur. *Filosofia do direito*. p. 21.

dessa intenção tão-só teórica, um postulado de não politização da mesma ciência do direito, que dela excluiria todos os momentos axiológico-normativamente constitutivos e os remeteria para os domínios não científicos do ideológico-político e da opção subjetiva<sup>86</sup>.

A exclusão destes elementos da ciência do direito não significa que Kelsen os desprezasse. Conforme sintetiza, *e.g.*, o próprio jurista de Viena, “o direito não pode ser separado da política, pois é um essencial instrumento da política, mas a ciência do direito pode e deve ser separada da política”<sup>87</sup>. Efetivamente, o que Kelsen objetivava era evitar um sincretismo metodológico que afundasse a ciência do direito em discussões estereis, alheias ao seu propalado objeto, a norma jurídica<sup>88</sup>.

Ainda no campo da relação Direito e ciência, Kelsen entende como insuficiente a distinção entre ciências naturais e ciências sociais, utilizada para fins de classificação do objeto da ciência do direito entre os dois pólos. Isto porque, para Kelsen, assim como a sociedade pode ser pensada como parte da natureza, o Direito também tem parte de seu ser inserido no domínio da natureza. A diferença fundamental entre a ciência natural e a ciência do direito reside na distinção entre nexos de *causalidade* e nexos de *imputação*.

A ciência da natureza produz a lei: “se A é, B é”, numa relação de causalidade necessária. Existe uma implicação, em relação de causa e efeito, entre um fato anterior e a ocorrência do fato posterior. Se desprendermos uma maçã do alto de uma macieira, ela cairá. A queda (fato posterior) é decorrência necessária do desprendimento da maçã (fato anterior). Tal fato ocorrerá, independentemente do tempo e do local, sempre que a experiência for repetida nas mesmas condições.

Já a ciência do direito produz a lei: “se A é, B deve ser”. Inexiste, na ciência do direito, uma relação de causalidade entre fatos e conseqüências. Assim, *e.g.*, se alguém comete um determinado crime, deve ser-lhe aplicada uma sanção. Vigora, pois, o princípio da imputação, que determina que verificada uma condição (crime), seja aplicada uma determinada conseqüência (sanção). Entretanto, se a sanção (conseqüência) não for aplicada, as leis que regem a ciência do direito não são invalidadas. Se as normas jurídicas não

---

<sup>86</sup> Castanheira Neves, Antônio. *Método jurídico. Digesta*: escritos acerca do direito, do pensamento jurídico, de sua metodologia e outros. p. 101.

<sup>87</sup> Kelsen, Hans, *Was ist die Reine Rechtslehre?* p. 620 *apud* Castanheira Neves, Antônio. *A redução política do pensamento metodológico-jurídico. Digesta*: escritos acerca do direito, do pensamento jurídico, de sua metodologia e outros. p. 386.

<sup>88</sup> Kelsen, Hans. *Teoria pura do direito*. p. 02.

descrevem o que é, mas o que deve ser, a ciência do direito não pode descrever ou predizer o que será, mas unicamente enunciar que, em determinadas condições definidas pelo ordenamento jurídico, devem produzir-se determinadas consequências<sup>89</sup>.

A norma jurídica, objeto da ciência do direito, se apresenta como esquema de interpretação<sup>90</sup> e como sentido objetivo de um dever-ser. Segundo a rigorosa conceituação de Hans Kelsen, “‘norma’ é o sentido de um ato através do qual uma conduta é prescrita, permitida ou, especialmente, facultada, no sentido de adjudicada à competência de alguém”<sup>91</sup>. Faz-se necessário, desde já, aclarar esta dupla dimensão da norma jurídica enquanto: (i) esquema de interpretação, e; (ii) sentido objetivo de dever-ser.

Enquanto esquema de interpretação, a norma serve como filtro de juridicidade aos atos que se realizam no espaço e no tempo, sensorialmente perceptíveis. Conforme assevera Kelsen, o fato recebe um sentido jurídico específico por intermédio de uma norma que a ele se refere com o seu conteúdo, que lhe empresta a significação jurídica<sup>92</sup>. Assim, por exemplo, é por intermédio de uma norma jurídica que o fato de uma morte na guilhotina se constitui como execução jurídica de uma sentença de condenação à pena capital e não como homicídio.

Por outro lado, o direito é uma ordem normativa da conduta humana, isto é, um sistema de normas que regulam o comportamento humano. A norma jurídica possui o sentido específico de um ato intencional dirigido à conduta de outrem (*sentido objetivo de dever-ser*). Kelsen considera a norma como técnica indireta de motivação das condutas humanas. Salienta, entretanto, que a norma não se confunde com a vontade que a produziu. A norma não é algo de psíquico real<sup>93</sup>. A norma é um *dever-ser*, ao passo que o ato de vontade da qual ela é o sentido objetivo, constitui um *ser*. Donde se conclui a estreita vinculação entre norma e ato de vontade.

---

<sup>89</sup> Troper, Michel. *Por una teoria del Estado*. p. 26.

<sup>90</sup> “Nas palavras de Kelsen: “o juízo em que se enuncia que um ato de conduta humana constitui um ato jurídico (ou antijurídico) é o resultado de uma interpretação específica, a saber, de uma interpretação normativa”. Cf. Kelsen, Hans. *Teoria pura do direito*. p. 04.

<sup>91</sup> Kelsen, Hans. *Teoria pura do direito*. p. 06.

<sup>92</sup> Kelsen, Hans. *Teoria pura do direito*. p. 04.

<sup>93</sup> Como bem sintetiza Miguel Reale: “As normas jurídicas não são comandos ou imperativos, no sentido psicológico do termo, como se detrás de cada preceito houvesse alguém a dar ordens, mas sim enunciados lógicos que se situam no plano do dever ser”. Reale, Miguel. *Filosofia do direito*. 11ª ed. São Paulo: Saraiva, 1986. p. 457; No mesmo sentido: Larenz, Karl. *Metodologia da ciência do direito*. p. 84; Kelsen, Hans. *Teoria pura do direito*. p. 06.



As normas jurídicas não são fatos, mas o sentido destes, ou seja, o sentido de atos de vontade direcionados para o comportamento humano<sup>94</sup>. A validade de uma norma jurídica não resulta de seu conteúdo, mas apenas da sua criação por uma forma determinada, em última instância, por uma norma fundamental pressuposta (fonte comum de validade de todas as normas pertencentes ao sistema)<sup>95</sup>. A norma jurídica é, pois, materialmente vazia. A discussão acerca do conteúdo ou da materialidade da norma jurídica não é posta pela teoria pura do direito, pois irrelevante do ponto de vista jurídico-científico. Efetivamente, para Kelsen, “todo e qualquer conteúdo pode ser direito”<sup>96</sup>.

Outra distinção que se faz importante (com repercussão na teoria da interpretação kelseniana), é aquela operada entre *norma jurídica* e *proposição jurídica*. Como se verá a seguir, a distinção entre norma jurídica e proposição jurídica corresponde à diferença entre *interpretação autêntica* e *interpretação não-autêntica*. Proposições jurídicas são juízos hipotéticos, formulados pela ciência do direito, sem interferências valorativas, que enunciam que, de acordo com o sentido de uma ordem jurídica, dada ao conhecimento, sob determinadas condições fixadas por este ordenamento, devem intervir certas consequências positivadas neste mesmo ordenamento<sup>97</sup>.

De outro lado, normas jurídicas são mandamentos, comandos, imperativos. Enquanto a ciência do direito tem por função conhecer o direito e descrevê-lo, os órgãos jurídicos têm por missão produzir o direito para que ele possa ser conhecido e descrito pela ciência do direito. Assim, norma jurídica e proposição jurídica têm caráter logicamente diverso. A distinção revela-se no fato das proposições jurídicas formuladas pela ciência do direito poderem ser verídicas ou inverídicas (i.é, conforme a vinculatividade da descrição à uma norma jurídica válida), enquanto as normas jurídicas podem ser válidas ou inválidas (conforme provenham ou não de uma outra norma jurídica válida)<sup>98</sup>.

---

<sup>94</sup> Müller, Friedrich. *O novo paradigma do direito: introdução à teoria e metódica estruturantes do direito*. p. 48.

<sup>95</sup> Kelsen, Hans. *Teoria pura do direito*. p. 221. Ainda sobre a questão da validade das normas jurídicas, prossegue Kelsen: “Se se pergunta pelo fundamento de validade de uma norma pertencente a uma determinada ordem jurídica, a resposta apenas pode consistir na recondução à norma fundamental desta ordem jurídica, quer dizer: na afirmação de que esta norma foi produzida de acordo com a norma fundamental”. Kelsen, Hans. *Teoria pura do direito*. p. 222.

<sup>96</sup> Kelsen, Hans. *Teoria pura do direito*. p. 221.

<sup>97</sup> Kelsen, Hans. *Teoria pura do direito*. p. 80.

<sup>98</sup> Kelsen, Hans. *Teoria pura do direito*. pp. 80-84.

### 1.6.2 A teoria da interpretação jurídica na Teoria Pura do Direito

A questão acerca da importância que Kelsen atribuiu ao tema da interpretação jurídica ao longo de sua obra é bastante controversa. Enquanto alguns autores entendem que ela ocupa posição marginal no contexto da obra do jurista austríaco<sup>99</sup>, outros asseveram que ele debruçou-se suficientemente sobre o tema<sup>100</sup>. A interpretação surge na obra de Kelsen quando da publicação do artigo intitulado “*Zur Theorie der Interpretation*”, no periódico “*Internationale für Theorie des Rechts*”, em 1934<sup>101</sup>. No mesmo ano, o artigo em referência é reproduzido, sem maiores alterações, na primeira edição da Teoria Pura do Direito<sup>102</sup>. É somente na segunda edição da Teoria Pura, publicada em 1960, que o tema da interpretação será ostensivamente abordado, ainda que em uma dezena de páginas.

A originalidade de Kelsen no campo metodológico decorre sobretudo da defesa de uma opção voluntarista, e não cognitiva, do ato de realização do direito, e no rechaço da antinomia tradicional entre criação e aplicação do direito<sup>103</sup>. A Teoria Pura do Direito, ao ver a função judicial como criadora do direito, põe de manifesto o sofisma subjacente à opinião, até então tradicional, que considerava o juiz como mero autômato, como “boca que pronuncia as palavras da lei”. Como se verá, a teoria da interpretação jurídica desenvolvida por Kelsen guarda profunda coerência com a sua concepção de ciência, de norma jurídica e de ordenamento jurídico - enquanto estrutura escalonada<sup>104</sup>.

Kelsen diferencia duas espécies de interpretação jurídica - *autêntica* e *não-autêntica* -, elevando a primeira como objeto privilegiado de sua análise. Quando o direito é aplicado por um órgão jurídico, trata-se da interpretação autêntica<sup>105</sup>. Já a interpretação não-autêntica é aquela realizada por uma pessoa privada, especialmente, pela ciência jurídica. A

---

<sup>99</sup> Cf. a crítica em Dimoulis, Dimitri. *Positivismo jurídico: introdução a uma teoria do direito e defesa do pragmatismo jurídico-político*. São Paulo: Método, 2006. pp. 214-218.

<sup>100</sup> Cf. Bonavides, Paulo. *Curso de direito constitucional*. pp. 407-408.

<sup>101</sup> Cf. Bonavides, Paulo. *Curso de direito constitucional*. p. 407.

<sup>102</sup> É o que diz Paulo Bonavides. Segundo o jurista, tanto o artigo quanto o capítulo inserto na primeira edição da Teoria Pura do Direito tratam majoritariamente do problema das lacunas. Bonavides, Paulo. *Curso de direito constitucional*. pp. 407-408.

<sup>103</sup> Em posição à teoria jurídica clássica, que advogava que atividade de realização do direito seria meramente cognitiva. Para esta corrente, que remonta à escola da Exegese, o legislador cria o direito positivo e o jurista conhece-o de maneira lógico-formal e aplica-o também lógico-formalmente. Cf. Troper, Michel, *Por uma teoria del Estado*. pp. 63-64; Bonavides, Paulo. *Curso de direito constitucional*. p. 408.

<sup>104</sup> Larenz, Karl. *Metodologia da ciência do direito*. p. 92.

<sup>105</sup> Kelsen modifica o sentido usual da expressão “interpretação autêntica”, até então utilizada para referir-se à interpretação realizada pelo próprio órgão que elaborou o ato. Ver, neste sentido: Troper, Michel, *Por uma teoria del Estado*. p. 63.

interpretação autêntica cria direito, ao passo que a interpretação jurídico-científica (não-autêntica) não cria direito, sendo pura determinação cognoscitiva do sentido das normas jurídicas. Firme no jogo de contrastes, Kelsen estabelece que a interpretação autêntica pode assumir o caráter de lei ou tratado internacional<sup>106</sup>, como também pode assumir a forma de uma sentença<sup>107</sup>, enquanto a interpretação jurídico-científica deve ser ater a estabelecer “as possíveis significações de uma norma jurídica”<sup>108</sup>.

Kelsen elege a norma jurídica como objeto de estudo da interpretação. Não poderia ser diferente. A marca distintiva da Teoria Pura do Direito é exatamente a eleição da norma jurídica como objeto exclusivo de estudo da ciência jurídica.

Kelsen nos ensina que a interpretação consiste na determinação do sentido, do conteúdo das normas jurídicas que serão aplicadas. A interpretação é, para ele, uma operação mental que acompanha necessariamente o processo de aplicação do direito no seu progredir de um escalão superior para um escalão inferior<sup>109</sup>. O ordenamento jurídico é concebido de forma escalonada, com o que a norma de grau superior na hierarquia normativa condiciona e determina a criação da norma jurídica de grau inferior. Neste sentido, a Constituição – norma superior - condiciona e determina o processo de produção da lei – norma inferior –, da mesma forma que a lei condiciona a produção da sentença judicial. Tem-se, assim, que a aplicação do direito é simultaneamente produção de direito, pois a norma de escalão superior é aplicada, na medida em que, de acordo com ela, se produz uma norma de escalão mais baixo<sup>110</sup>.

Apesar da norma de escalão superior regular o ato através do qual a norma de escalão inferior é produzida, esta relação nunca é hermética. A norma de escalão superior não pode regular, em todos os sentidos e direções, o ato mediante o qual ela se aplica. É inerente ao ato de aplicação do direito uma relativa indeterminação. Esta indeterminação pode ser intencional ou não. É intencional quando o próprio órgão que estabeleceu a norma assim o quis. Kelsen apresenta o exemplo da norma penal que deixa ao juiz a opção de decidir-se pela aplicação de uma pena de reclusão ou multa, como sanção a um determinado delito. Já a

---

<sup>106</sup> Quando cria direito de forma geral, para todos os casos iguais.

<sup>107</sup> Quando o órgão aplicador do direito cria uma norma individual ou executa uma sanção, em vista de um determinado caso concreto.

<sup>108</sup> Kelsen, Hans. *Teoria pura do direito*. p. 395.

<sup>109</sup> Kelsen, Hans. *Teoria pura do direito*. p. 387.

<sup>110</sup> Larenz, Karl. *Metodologia da ciência do direito*. p. 92.

indeterminação não intencional deriva especialmente do caráter plurívoco do conteúdo normativo. Dada a natureza lingüística das normas jurídicas, a equivocidade é ineliminável.

A despeito da intencionalidade da indeterminação das normas jurídicas, o que se conclui é que elas são portadoras de diversas possibilidades de concretização, restando sempre uma margem de discricionariedade ao intérprete – autêntico – chamado a estabelecer a norma inferior. Como solução ao problema, Kelsen irá se valer da figura da *moldura*. Segundo Kelsen, “o direito a aplicar forma, em todas as hipóteses, um moldura dentro da qual existem várias possibilidades de aplicação, pelo que é conforme ao Direito todo ato que se mantenha dentro deste quadro ou moldura, que preencha esta moldura em qualquer sentido possível”<sup>111</sup>. Kelsen afirma sem constrangimentos que a pergunta acerca de qual dos conteúdos (sentidos) contemplados pela moldura é o correto, não pertence à teoria do direito, mas à política do direito. A eleição de qualquer um dos sentidos contemplados pela moldura é igualmente correto, do ponto de vista formal.

A noção kelseniana da norma jurídica como portadora de uma gama de sentidos possíveis irá colocar a Teoria Pura do Direito em franco conflito com a teoria tradicional da interpretação, que parte do pressuposto de que sempre há uma única interpretação correta, bem como de que é a sua missão encontrar o método adequado para estabelecimento desta<sup>112</sup>. Kelsen recusa-se a elaborar uma teoria acerca dos métodos de interpretação, pois entende como não-científica a escolha entre uma das possibilidades albergadas pela moldura normativa. Não há, pois, um critério de direito positivo capaz de realizar esta escolha. O jurista austríaco identifica na falácia de que uma norma jurídica apenas pode apresentar “uma interpretação correta”, uma ficção de que se serve a jurisprudência para assegurar o ideal da segurança jurídica<sup>113</sup>.

---

<sup>111</sup> Kelsen, Hans. *Teoria pura do direito*. p. 390.

<sup>112</sup> Sobre a divergência de Kelsen com a hermenêutica jurídica tradicional, esclarece Castanheira Neves: “Contra a hermenêutica jurídica tradicional, que encontrara a sua acabada definição metódica em Savigny e paralelamente na *École de l'exégèse*, e segundo a qual o sentido normativo das normas jurídicas ou das prescrições legais seria determinado de modo jurídico-cognitivamente *exato*, em termos de obter interpretativamente dessas normas ou prescrições uma *única* (a única jurídico-legalmente correta) solução jurídica para o caso decidendo, sustenta Kelsen que não é isso possível (que não é isso *cientificamente* logrável), já que as normas legais ofereceriam apenas um quadro de várias soluções possíveis e que entre essas várias soluções possíveis o intérprete decidiria a sua opção segundo critérios extrajurídicos, político-sociais ou ético-políticos”. Cf. Castanheira Neves, Antonio. *A redução política do pensamento metodológico-jurídico. Digesta: escritos acerca do Direito, do Pensamento Jurídico, da sua Metodologia e outros*. pp. 390-391.

<sup>113</sup> Kelsen, Hans. *Teoria pura do direito*. p. 396.

Kelsen enfatiza a interpretação do direito como um ato que congrega “conhecimento” e “vontade”. A moldura seria estabelecida por um ato de conhecimento, ao passo que um ato de vontade estabeleceria uma dentre as diversas possibilidades de aplicação. Kelsen aduz que na interpretação autêntica, aquela realizada por um órgão jurídico, “a interpretação cognoscitiva (obtida por uma operação de conhecimento) do direito a aplicar combina-se com um ato de vontade em que o órgão aplicador do direito efetua uma escolha entre as possibilidades reveladas através daquela mesma interpretação cognoscitiva”<sup>114</sup>. Na relação dialética entre “conhecimento” e “vontade”, esta última sempre prevalece. Na feliz expressão de Tércio Sampaio Ferraz Júnior, trata-se de um “eu quero” em oposição a um “eu sei”<sup>115</sup>.

Não por outro motivo Kelsen alerta para a possibilidade de, pela via da interpretação autêntica, poder-se produzir uma norma que se situe completamente fora da moldura que a norma a aplicar representa. Na hipótese de uma norma oferecer, através do emprego de um termo genérico, *e.g.*, cinco diferentes interpretações, o juiz pode escolher uma sexta significação que se coloque completamente fora da moldura normativa<sup>116</sup>. No âmbito da teoria do jurista austríaco uma decisão judicial “ilegal”, pode, por força de seu trânsito em julgado, tornar-se definitiva, e isto não a torna “antijurídica”. Com efeito, embora tal decisão possa contrariar algum preceito material ou processual previsto em norma geral, encontra respaldo jurídico em outra disposição da própria lei geral, isto é, o instituto do trânsito em julgado, que por estar assim na norma superior torna tal decisão individual conforme ao direito<sup>117</sup>. É possível, pois, a criação de direito novo para além do disposto na moldura normativa.

Como se verá a seguir, a teoria da interpretação de Kelsen é consequência da sua concepção de ciência, assente na distinção entre ser e dever-ser. A discricionariedade atribuída ao aplicador do direito possibilitou a Kelsen admitir que questões “metajurídicas” como fatores morais, éticos, políticos e sociais, influenciassem a decisão, sem que restasse comprometida a pureza metodológica da sua teoria.

---

<sup>114</sup> Kelsen, Hans. *Teoria pura do direito*. p. 394.

<sup>115</sup> Ferraz Júnior, Tércio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação*. 2 ed. São Paulo, Atlas, 1994, p. 261.

<sup>116</sup> Dimoulis, Dimitri. *Positivismo jurídico: introdução a uma teoria do direito e defesa do pragmatismo jurídico-político*. p. 211.

<sup>117</sup> Kelsen, Hans. *Teoria pura do direito*. pp. 295-300.

### 1.6.3. Críticas à teoria da interpretação de Kelsen a partir da obra de Friedrich Müller

A teoria da interpretação de Kelsen é uma decorrência lógica da sua concepção de ciência (do postulado da pureza metódica), e do seu conceito de norma enquanto puro dever-ser<sup>118</sup>. Nas palavras já antes mencionadas de Warat, tem-se que Kelsen não se limita a expor uma epistemologia para a ciência do direito; “uma vez estabelecidas as regras de seu jogo epistemológico, decide aplicá-las para ver o que acontece”<sup>119</sup>. A crítica de Müller pretende questionar os resultados da “aplicação” das regras epistemológicas da teoria pura do direito, especialmente aquelas referentes à interpretação e à aplicação do direito. Para Müller, a teoria pura do direito soçobra em seu ponto decisivo, que trata da sua fecundidade para a concretização prática do direito<sup>120</sup>. A crítica de Müller centra-se, pois, na absoluta separação entre ser (*sein*) e dever-ser (*sollen*), como aspecto determinante para uma teoria vazia de interpretação.

Como visto anteriormente, a teoria pura professa que a interpretação autêntica do direito pode ser desmembrada num ato de conhecimento e num ato de vontade. O ato de conhecimento põe em manifesto os sentidos possíveis da norma jurídica aplicável, ao passo que o ato de vontade realiza a escolha entre as alternativas dispostas no quadrante normativo. Em conclusão, a eleição de qualquer das possibilidades contempladas pela moldura normativa é correta.

Para Müller, engana-se quem pensa que, com isso, a teoria pura do direito *purificou* a atividade jurídica. Quando da escolha das alternativas reveladas pela moldura normativa, Kelsen expressamente admite a incidência de outras “normas” sobre o intérprete. E quais seriam estas “normas”? São, segundo o Mestre de Viena, “normas da moral, normas da justiça, juízos de valor sociais que costumamos signar por expressões correntes como bem comum, interesse do Estado, progresso, etc.”<sup>121</sup>. Entretanto, como estas normas não fazem parte do direito positivo, são consideradas irrelevantes para a ciência do direito, que se ocupa tão somente das normas jurídicas válidas. Fiel aos seus pressupostos metodológicos, Kelsen

---

<sup>118</sup> Cf. Larenz, Karl. *Metodologia da ciência do direito*. p. 95.

<sup>119</sup> Warat, Luís Alberto; Pêpe, Albano Marcos Bastos. *Filosofia do direito*. p. 54.

<sup>120</sup> Jouanjan, Olivier. *De Hans Kelsen a Friedrich Müller – Método jurídico sob o paradigma pós-positivista*. In: Müller, Friedrich. *O novo paradigma do direito: introdução à teoria e metódica estruturantes do direito*. p. 250.

<sup>121</sup> Kelsen, Hans. *Teoria pura do direito*. p. 393.

afirma que como as normas supracitadas não fazem parte do direito positivo, “nada se pode dizer sobre a sua validade e verificabilidade”<sup>122</sup>.

Conforme outrora explanado, quando confrontado com a questão de *como se decide no interior do quadrante*, Kelsen contorna a situação respondendo que se trata de questões metajurídicas, questões de política do direito. As soluções jurídicas ocorrem à margem do discurso científico. Nas palavras de Olivier Jouanjan: “Purificada destes elementos perturbadores, a teoria pura conclui-se abdicando deles: a ciência do direito está purificada, mas não a prática. No interior do quadro, a escolha da decisão não é julgável por um método (jurídico)”<sup>123</sup>.

Karl Larenz, muito perspicazmente, antevê o mesmo desequilíbrio na Teoria Pura do Direito, no que se refere ao balanço entre teoria e práxis. Conforme nos ensina Larenz:

assim como a jurisprudência dos interesses é deficiente como teoria, mas foi de grande utilidade prática, assim a teoria pura do Direito atinge um alto nível como teoria, mas do ponto de vista prático os seus resultados são pobres. Em último termo, porém, o fato encontra a sua razão de ser numa deficiência da própria teoria<sup>124</sup>.

Há, neste ponto, uma profunda imbricação entre a teoria da norma de Kelsen e a sua teoria da interpretação, com o que se começa a dissecar a já ventilada correlação da teoria da interpretação com os postulados epistemológicos da Teoria Pura. Para Kelsen, a norma é puro ato de vontade. A norma é uma ordem materialmente vazia, carente de inteiro fundo material, que se limita a ligar um fato condicionante a uma conseqüência, sem qualquer juízo a respeito do valor moral ou político dessa conexão<sup>125</sup>. Como ordem abstrata daquilo que deve ser, a pergunta acerca do seu conteúdo ou da sua materialidade não é de natureza jurídica<sup>126</sup>.

---

<sup>122</sup> Kelsen, Hans. *Teoria pura do direito*. p. 393.

<sup>123</sup> Olivier Jouanjan. *De Hans Kelsen a Friedrich Müller – Método jurídico sob o paradigma pós-positivista*. In: Müller, Friedrich. *O novo paradigma do direito: introdução à teoria e metódica estruturantes do direito*. p. p. 249.

<sup>124</sup> Larenz, Karl. *Metodologia da ciência do direito*. p. 82; Em sentido semelhante afirma Kaufmann: “A teoria pura do direito fomentou extraordinariamente a teoria do direito. Contudo, do ponto de vista da prática, ela quase não mereceu atenção, o que se compreende, já que as formas e categorias de pouco servem à prática”. Cf. Kaufmann, Arthur; Hassemer, Winfried. *Introdução à filosofia do direito e à teoria do direito contemporâneas*. p. 182. Santos utiliza a mesma citação de Larenz. Cf. Santos, Rodrigo Mioto dos. *Método, racionalidade e legitimidade da decisão judicial: uma análise a partir da teoria estruturante de Friedrich Müller*. p. 33.

<sup>125</sup> Cf. Müller, Friedrich. *Teoria estruturante do direito*. pp. 16-22; Reale, Miguel. *Filosofia do direito*. p. 462.

<sup>126</sup> E não poderia ser de outra forma: coerentemente com seu propósito de formular uma teoria *geral* do Direito, que desse conta do que o Direito é em todos os tempos e lugares, Kelsen interdita para o conhecimento científico do fenômeno jurídico todo e qualquer conteúdo normativo, que é cambiante de sociedade para sociedade.

Ora, se a norma não possui qualquer conteúdo, a pergunta pela correção material da interpretação jurídica que cria direito (norma inferior) a partir da norma superior não é sequer colocada pela Teoria Pura do Direito. A rigorosa separação entre ser e dever-ser impede que Kelsen proponha a racionalização de teores materiais normativos<sup>127</sup>. A norma aparece como puro dever-ser, “desconectado” da realidade.

Müller critica a noção de norma jurídica enquanto puro dever-ser dissociado da realidade. A sua teoria da norma propõe, ao revés, o inter-relacionamento estruturado entre ser e dever-ser. A norma jurídica carece de ser “preenchida” pela realidade. Ela depende do caso, seja ele concreto ou fictício. Müller censura a concepção de norma jurídica enquanto ordem materialmente vazia, pois tal conceito afigura-se como insuficiente para todos aqueles que partilham do Estado constitucional<sup>128</sup>. As normas constitucionais não aparecem na prática como um ato de vontade carente de inteiro fundo material. Müller propõe a noção de norma jurídica como ordem materialmente determinada. A norma sofre influência da realidade (normatividade materialmente determinada), ao mesmo tempo em que, posteriormente, exerce influência sobre esta realidade (normatividade concreta)<sup>129</sup>. A realidade influencia a norma sem, contudo, abarcá-la totalmente<sup>130</sup>.

É, pois, neste sentido, que a teoria e a metódica estruturante desenvolverão um conceito dinâmico de normatividade, decorrente de um processo estruturado metodicamente a partir das exigências do Estado de Direito. Neste processo, “os teores materiais da concretização não são ocultados, mas incluídos de forma controlável e generalizável na concretização”<sup>131</sup>. Isto não significa, à evidência, que a metódica estruturante propugne uma teoria da interpretação *correta*. A metódica estruturante pretende racionalizar o trabalho prático dos juristas, de forma a permitir a sua discutibilidade, revisibilidade e regularidade<sup>132</sup>.

---

<sup>127</sup> Müller, Friedrich. *O novo paradigma do direito: introdução à teoria e metódica estruturantes do direito*. p. 51

<sup>128</sup> Note-se que Müller situa-se dentro do paradigma (modelo jurídico-político) do Estado constitucional de direito, enquanto Kelsen se propõe a postular uma teoria universal.

<sup>129</sup> Müller, Friedrich. *Teoria estruturante do direito*. p. 15.

<sup>130</sup> O modo de “seleção da realidade” será abordado no próximo capítulo, na seção referente ao “âmbito da norma”.

<sup>131</sup> Christensen, Ralph. *Teoria estruturante do direito*. In: Müller, Friedrich. *O novo paradigma do direito: introdução à teoria e metódica estruturantes do direito*. p. 243.

<sup>132</sup> Segundo Müller: “a teoria da norma jurídica precisa, de qualquer modo, estar especificamente a serviço da racionalidade jurídica, precisa diferenciar de modo racional as reflexões presentes na decisão, tornando-a com isso passível de controle e de discussão o máximo e o melhor possível”. Cf. Müller, Friedrich. *Teoria estruturante do direito*. p. 161.



Nos dizeres de Müller, na impossibilidade de uma racionalidade absoluta, deve-se buscar a racionalidade possível para a ciência do direito.

Para além da crítica acerca da inexistência de critérios para o julgamento da decisão volitiva, coexiste em pé de igualdade a crítica acerca da inexistência de critérios para a aferição da moldura normativa, isto é, que permitam a racionalização do ato cognitivo. Apesar de perfeitamente lógica e coerente com o paradigma positivista que apresenta e enaltece, a teoria da interpretação jurídica de Kelsen não consegue responder a uma questão central: quais os métodos de interpretação capazes de traçar a moldura normativa?

Kelsen simplesmente omite quais são os métodos interpretativos capazes de auxiliar o jurista (e também o cientista) a traçar a moldura normativa, primeiro passo para a aplicação do direito. Nos dizeres de Müller, “os critérios do ato cognitivo, tanto no quadro da interpretação autêntica como naquele de interpretação não-autêntica são passados em silêncio; a menos que se considere o reenvio global ao procedimento lógico um ponto de apoio suficiente à verdade científica”<sup>133</sup>. A crítica de Müller é pertinente. Se a Teoria Pura do Direito afirma a potencialidade do jurista (e do cientista) em delimitar a moldura normativa através de um ato cognitivo, é de rigor que apresente os métodos adequados para tanto, sob pena de esvaziamento das suas proposições.

Assim como Müller, Dimitri Dimoulis censura duramente o niilismo metodológico de Kelsen. Segundo Dimoulis a exposição de métodos interpretativos capazes de delimitar a moldura “é imprescindível, já que a afirmação da existência tanto de alternativas ‘dentro’ da norma como de outras que não se enquadram em seu significado perde sua relevância se não for indicado o caminho para constatar essas alternativas”<sup>134</sup>.

Em última instância, o niilismo metodológico de Kelsen termina por aproximá-lo do *decisionismo* de Schmitt<sup>135</sup>. As teorias se tocam quando se constata que o quadro

---

<sup>133</sup> Müller, Friedrich. *Teoria estruturante do direito*. p. 29.

<sup>134</sup> Dimoulis, Dimitri. *Positivismo jurídico: introdução a uma teoria do direito e defesa do pragmatismo jurídico-político*. p. 211.

<sup>135</sup> Cf. Müller, Friedrich. *O novo paradigma do direito: introdução à teoria e metódica estruturantes do direito*. p. 53. Outros autores enfatizam uma aproximação da teoria da interpretação jurídica de Kelsen com o *Realismo Jurídico* e com a *Escola do Direito Livre*. Segundo Aftalión, Olano e Vilanova, que escrevem na *Introducción al Derecho*: “A fundamental diferença entre o voluntarismo da Escola do Direito Livre e o de Kelsen consiste em que o daquela é um voluntarismo amorfo ou informe (Cosío), porquanto deixa tudo entregue livremente à vontade do juiz. Em compensação, o voluntarismo kelseniano se acha *estruturado* de fora (voluntarismo estruturado), no sentido de que o juiz não está livre de ataduras e que o seu ato de vontade deve discorrer dentro dos marcos conceituais – tipos figuras, “standards” – enunciados pelas normas gerais, segundo já explicamos ao

normativo pode ser sumariamente rechaçado por um ato de vontade. Kelsen expressamente consigna que a interpretação autêntica é sempre válida, a despeito de sua conformidade com a moldura normativa. O órgão aplicador do direito que possui competência para decidir em última instância pode produzir uma norma que se situe completamente fora da moldura que a norma a aplicar representa<sup>136</sup>. Em ambas as teorias subsiste a possibilidade de dissolução da normatividade por um mero ato de vontade. Nos dizeres de Müller, “em ambos os casos, teores materiais são superados de forma voluntarista”<sup>137</sup>.

A teoria de Müller choca-se com a construção teórica de Kelsen. Müller refuta a relação entre norma e realidade, tal como ela se processa na Teoria Pura do Direito. A Teoria Estruturante do Direito se propõe a repensar a relação norma-realidade, fato- norma, através de uma nova teoria da norma jurídica, que se pergunta pela estrutura de sua normatividade tal e como se apresenta na aplicação prática do direito<sup>138</sup>. Müller transmuda a pergunta por “norma e fato” pela pergunta pela normatividade e estrutura da norma<sup>139</sup>.

A originalidade da teoria da norma de Müller reside na estrutura normativa por ele proposta. Para Müller, não é apenas a injunção de dever-ser que contribui para a decisão do caso, mas também, no que toca a uma série de tipos de normas, igualmente a estrutura substancial do âmbito de regulação, da parcela da realidade social relacionada com a norma<sup>140</sup>. Enquanto a Teoria Pura do Direito assenta-se no dualismo incomunicável entre norma e realidade empírica, ser e dever-ser<sup>141</sup>, a Teoria Estruturante do Direito congrega estes dois elementos *dentro* da teoria da norma. Reside, pois, no entrecruzamento ordenado entre

---

tratar da compreensão no âmbito do Direito (E.R. Aftalión, F.G. Olano e J. Vilanova, ob. Cit., p. 443)”. In: Bonavides, Paulo. *Curso de direito constitucional*. p. 411. De outro lado, propugnando uma identificação entre o positivismo de Kelsen e o realismo americano, tem-se a lição de Dimoulis: “No outro extremo, encontramos a postura de Kelsen, de Hart e de muitos outros autores que silenciam sobre as finalidades e os métodos da interpretação, convergindo com o realismo jurídico”. Dimoulis, Dimitri. *Positivismo jurídico*: introdução a uma teoria do direito e defesa do pragmatismo jurídico-político. p. 218.

<sup>136</sup> Kelsen, Hans. *Teoria pura do direito*. p. 394.

<sup>137</sup> Müller, Friedrich. *O novo paradigma do direito*: introdução à teoria e metódica estruturantes do direito. p. 55.

<sup>138</sup> Müller, Friedrich. *O novo paradigma do direito*: introdução à teoria e metódica estruturantes do direito. p. 17.

<sup>139</sup> Müller, Friedrich. *Teoria estruturante do direito*. p. 07.

<sup>140</sup> Müller, Friedrich *apud* Larenz, Karl. *Metodologia da ciência do direito*. p. 155.

<sup>141</sup> Essa separação não é absoluta, dado que, para Kelsen, entre vigência e eficácia pode existir ‘uma certa conexão (...) Um mínimo de eficácia [da norma] é a condição de sua vigência’ (Kelsen, Hans. *Teoria pura do direito*. p. 12.). E mais: ao nível de ordenamento, só se pode inferir a existência de uma *Grundnorm* a fundamentar toda a validade do ordenamento se esse ordenamento for, em seu conjunto, eficaz (Kelsen, Hans. *Teoria pura do direito*. pp. 235-238). Sobre a relação validade/eficácia na Teoria Pura do Direito, v. Cademartori, Sergio Urquhart de. *Estado de Direito e legitimidade*: uma abordagem garantista. 2ª Ed. Campinas: Millennium, 2007.

norma e realidade, uma diferença substancial entre a teoria de Müller e a teoria de Kelsen. Estas questões serão aprofundadas nos capítulos subsequentes.

## CAPÍTULO 2: A TEORIA ESTRUTURANTE DO DIREITO: A INFLUÊNCIA DA TEORIA DA NORMA PARA A METÓDICA JURÍDICA

### 2.1 Introdução

A teoria estruturante do direito [Strukturierende Rechtslehre] engloba conjunta e reciprocamente a dogmática, a metodologia, a teoria do direito (da norma jurídica) e a teoria da constituição<sup>142</sup>. Entretanto, apesar de intrinsecamente entrelaçados, os diversos componentes da teoria estruturante podem ser lidos isoladamente. O presente capítulo privilegiará a exposição da teoria da norma jurídica de Müller. Apesar do recorte no enfoque teórico, uma tal exposição não poderá deixar de fazer referência à metódica estruturante do direito. Isto porque a teoria da norma jurídica e a metódica estruturante atuam em constante inter-relação. A primeira depende necessariamente da segunda, ao passo que o contrário também é verdadeiro. Conforme enfatiza Olivier Jouanjan, a “metodologia ocupa, certamente, no seio da teoria estruturante, lugar estratégico”<sup>143</sup>. Se é possível estabelecer uma hierarquia entre os quatro elementos que formam a teoria estruturante do direito, poder-se-ia arriscar que a teoria da norma jurídica e metódica estruturante ocupam lugar privilegiado.

Conforme se verá, Müller propõe uma relação indissociável entre norma jurídica, metodologia jurídica e ciência jurídica. A definição da norma jurídica necessariamente afetaria a metodologia jurídica e a própria concepção do que seja a ciência do direito. Neste sentido importa analisar de que forma a reformulação teórica a respeito da norma jurídica (operada por Müller) influenciou a metódica jurídica proposta. O objetivo central do presente capítulo é investigar de que forma a mudança no conceito de norma jurídica influenciou a alteração dos conceitos tradicionais de “interpretação” e “aplicação do direito”.

Pode-se dizer que a teoria da norma de Friedrich Müller parte do pressuposto de que as normas jurídicas não são puro dever-ser. Müller propõe a norma jurídica como uma noção composta de ser e dever-ser, de dados lingüísticos e dados reais. Ademais, a norma jurídica não se identificaria ao texto da norma. A norma jurídica seria estruturada na conjugação do programa da norma (Normprogramm) com o âmbito da norma (Normbereich). Estes e outros aspectos serão elucidados a seguir.

---

<sup>142</sup> Müller, Friedrich. *Discours de la méthode juridique*. p. 25.

<sup>143</sup> Jouanjan, Olivier. *De Hans Kelsen a Friedrich Müller – Método jurídico sob o paradigma pós-positivista*. In: Müller, Friedrich. *O novo paradigma do direito: Introdução à teoria e metódica estruturantes do direito*. p. 248.

## 2.2 As relações entre norma jurídica, metodologia e ciência jurídica

Há para Müller um nexo indissociável entre compreensão da norma, questões práticas do direito e epistemologia<sup>144</sup>. A teoria estruturante do direito parte de um dado fundamental: a teoria da norma jurídica não pode fiar-se na separação entre *ser* e *dever-ser*. Segundo Müller, “os enfoques fundamentais da ciência jurídica distinguem-se quanto ao posicionamento das suas concepções diante da norma jurídica”<sup>145</sup>. São as transformações no conceito de norma que definem as transformações da ciência jurídica. Como forma de contornar o que julga uma incorreção, Müller sugere uma mudança no enfoque indagativo a respeito do lugar epistemológico da ciência do direito e também da metódica jurídica. Müller propõe o abandono do questionamento “que tipo de ciência é a ciência jurídica?”<sup>146</sup>, pois tal pergunta não conseguiria responder em maiores detalhes o papel da ciência jurídica e da sua metódica na realidade social. Ao contrário, Müller procura, antes de tudo, desvendar a estrutura da norma e da normatividade jurídica tal e como ela se apresenta na aplicação prática do direito. Para solucionar este problema, Müller propõe a seguinte indagação: “o que ocorre *efetivamente*, quando se pode afirmar de um determinado ordenamento jurídico que ele funciona?”<sup>147</sup>.

Ao sustentar o encadeamento entre compreensão da norma, questões práticas do direito e epistemologia, a teoria estruturante sugere uma espécie de efeito dominó; a compreensão da norma jurídica produz conseqüências para a metódica do direito e para a ciência do direito. Na perspectiva crítica de Müller, a caracterização da ciência do direito como uma “ciência *normativa* referida à *realidade*” (definição que, nominalmente, parte do pressuposto da separação entre ser e dever-ser, norma e realidade<sup>148</sup>), conduz a uma

---

<sup>144</sup> Müller, Friedrich. *Teoria estruturante do direito*. p. 29.

<sup>145</sup> Müller, Friedrich. *O novo paradigma do direito: introdução à teoria e metódica estruturantes do direito*. p. 09.

<sup>146</sup> Em moldes estritamente positivistas “como a ciência jurídica pode ser uma ciência autônoma, uma ciência puramente normativa?”. Cf. Müller, Friedrich. *Direito, linguagem, violência: elementos de direito constitucional I*. trad. Peter Naumann. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1995. pp. 12-13.

<sup>147</sup> Segundo Müller, a oposição entre ciências naturais e ciências humanas já foi hoje relativizada: “Vista sob esse ângulo, a ciência jurídica se interessa menos pela sua delimitação tradicional das ciências naturais do que pela especificidade do objeto e pela função social das normas jurídicas e da sua normatividade específica. De resto, os critérios correntes da epistemologia geral para a delimitação das ciências naturais das ciências humanas, tais como *absoluto* e *relativo*, *objetivo* e *subjetivo*, *quantificador* e *qualificador* evidenciaram ser simplificações grosseiras, insustentáveis por ambas as partes. A “natureza” e a “história” perderam a univocidade aparentemente autosuficiente da mera contraposição”. Cf. Müller, Friedrich. *Direito, linguagem, violência: elementos de direito constitucional I*. p. 13; Cf. Müller, Friedrich. *O novo paradigma do direito: introdução à teoria e metódica estruturantes do direito*. p. 17.

<sup>148</sup> Cf. Müller, Friedrich. *Direito, linguagem, violência: elementos de direito constitucional I*. pp. 12-13.

equivocada concepção da norma jurídica, que origina, por sua vez, os problemas metodológicos constatados diuturnamente na prática constitucional.

A teoria estruturante critica a concepção de norma jurídica do positivismo jurídico e a conseqüente teoria da “interpretação e aplicação do direito”. Como visto no primeiro capítulo, Müller repele o construto epistemológico de Kelsen – assente na *neokantiana* separação entre ser e dever-ser –, para em seguida refutar a sua teoria da norma jurídica, e a sua teoria da “interpretação e aplicação do direito”. Muito embora o alvo preferencial da teoria estruturante do direito seja a teoria pura do direito, não faltam críticas às concepções que lhe são antagônicas, como as obras de Carl Schmitt, Theodor Viehweg, etc.

Nos dizeres de João Maurício Adeodato:

Müller pretende superar as posições tradicionais: do positivismo normativista, na linha de Kelsen, para quem o texto normativo fixa os limites (a “moldura”) da decisão e o jurista atua criativamente nas lacunas em que falha a concepção silogística, mantendo porém a visão exegética segundo a qual a norma é previamente dada; e do decisionismo, na linha de Carl Schmitt, para quem a decisão não guarda relação real com os textos normativos, no que concerne aos problemas da validade e sentido desses mesmos textos, nem quanto ao problema de justificação da decisão<sup>149</sup>.

O referido nexos entre epistemologia, compreensão da norma e questões práticas do direito resta evidente na obra de Kelsen. Como decorrência de uma concepção da ciência do direito assente na separação entre ser e dever-ser, a norma jurídica é vista como ordem, juízo hipotético, vontade materialmente vazia, razão pela qual sob o ponto de vista metódico a teoria pura do direito não oferece a possibilidade de racionalização de teores materiais normativos.

Ao contrapor ser e dever-ser Kelsen elimina “toda e qualquer possibilidade de desenvolver meios concretos de interpretação e aplicação”<sup>150</sup>. Os problemas materiais da concretização da norma são eliminados graças à concepção epistemológica dualista. Norma e realidade, ser e dever-ser, se encontram em campos opostos. A “pureza” é garantida por esta separação. No interesse da objetividade e da exatidão, porém, a teoria pura do direito extirpa da análise científica elementos materiais que necessariamente integram a decisão (políticos,

<sup>149</sup> Adeodato, João Maurício. *Ética e retórica: para uma teoria da dogmática jurídica*. p. 237.

<sup>150</sup> Müller, Friedrich. *Teoria estruturante do direito*. pp. 28-29.

sociológicos, etc.), ao classificá-los como meta-jurídicos. Na crítica de Müller, Kelsen faz ciência às expensas da peculiaridade da norma jurídica<sup>151</sup>. Conforme se verá a seguir, Müller entende a norma jurídica como uma noção composta de ser e dever-ser. De fato, Müller busca integrar *na* teoria da norma o que Kelsen considerava inconciliável: ser e dever-ser. É por este motivo que, vista sob os olhos da teoria pura do direito, a teoria estruturante do direito é decididamente impura<sup>152</sup>.

Em verdade não só Kelsen, mas todo o positivismo de meados do século XIX e início do século XX define a norma jurídica como injunção de puro dever-ser, confundindo a norma com o texto normativo. As tendências metodológicas refratárias ao positivismo do século XX (*e.g.*, a Escola do Direito Livre), também conceituam a norma como puro dever-ser. Como visto no primeiro capítulo, nenhuma das mudanças metódicas propugnadas pelas escolas antiformalistas propôs a reestruturação do que Müller considera o “calcanhar de Aquiles” do positivismo: *o conceito de norma jurídica*. As propostas de reformulação metódica são assim entendidas por Müller como marginais, pois não atingem o verdadeiro problema, a verdadeira “aporia do positivismo”: a concepção da norma jurídica enquanto puro dever-ser, a apartar direito e realidade<sup>153</sup>.

Nos dizeres de Müller:

Os discursos antipositivistas do século – a escola do direito livre até o sociologismo e a análise econômica do direito, da hermenêutica até a teoria do direito neofrankfurtiana – caem na armadilha do paradigma positivista, nesse sentido não superado. Eles corrigem em cima de fenômenos da superfície, não transcendem o paradigma positivista a partir da concepção de norma<sup>154</sup>.

Este estado de coisas não se modifica em outras correntes contemporâneas, como no “decisionismo” e na “tópica”. Müller critica Carl Schmitt por tentar solucionar o problema da metódica jurídica politicamente<sup>155</sup>. No debate jurídico alemão do início do século XX, Schmitt foi um dos principais críticos de Kelsen (em verdade, de todo o positivismo e

---

<sup>151</sup> Müller, Friedrich. *Teoria estruturante do direito*. p. 9.

<sup>152</sup> Müller, Friedrich. *O novo paradigma do direito: introdução à teoria e metódica estruturantes do direito*. p. 248.

<sup>153</sup> Neste sentido, por exemplo, a jurisprudência dos interesses, cujo foco central pautava-se no problema das lacunas do direito. Apesar da jurisprudência dos interesses criticar a dedução conceitual e reivindicar para a prática decisória a análise dos interesses sociais em jogo, em nenhum momento a sua proposta metódica questionou o problema do conceito de norma jurídica.

<sup>154</sup> Müller, Friedrich. *O novo paradigma do direito: introdução à teoria e metódica estruturantes do direito*. p. 10.

<sup>155</sup> Müller, Friedrich. *Direito, linguagem, violência: elementos de direito constitucional I*. p. 23.

normativismo)<sup>156</sup>. Assim como o jurista de Viena, ele também se preocupou com a questão da indeterminação do ato de aplicação do direito. Schmitt enfatizou que a norma individual não poderia ser integralmente derivável da norma genérica. A lei não seria um fundamento seguro para o ato de concretização do direito. Em Schmitt, porém, o problema da indeterminação do texto da norma é resolvido com uma decisão de caráter pessoal<sup>157</sup>.

Müller vislumbra na teoria de Schmitt uma compreensão reducionista da norma jurídica, que contrapõe “as meras normas” à qualidade ôntica de uma “vontade” existencialmente existente, fundamentadora do dever-ser<sup>158</sup>. Em Schmitt a norma surge da decisão e não a decisão da norma, isto é, a decisão não tem fundamento normativo<sup>159</sup>. Müller critica a teoria de Schmitt, que nada tem a ver com o Estado Democrático de Direito, pois “os conteúdos da norma são devorados pela decisão”<sup>160</sup>.

Por fim, é de se ressaltar as críticas que Müller formula à tópica de Theodor Viehweg. Viehweg tem o mérito de, com a publicação da obra *Tópica e Jurisprudência* [*Topik und Jurisprudenz*], em meados dos anos 50, ter acendido na Alemanha o debate acerca da necessidade de vincular as soluções normativas à práxis e à realidade<sup>161</sup>. A tópica questionava

---

<sup>156</sup> Uma das críticas de Schmitt a Kelsen é que este dissociaria *norma e decisão*. Kelsen contornaria a questão da decisão, recusando-a como extrajurídica. Enquanto em Kelsen a decisão estaria limitada pela moldura, em Schmitt a decisão é ilimitada.

<sup>157</sup> O decisionismo e o problema da indeterminação do ato de aplicação do direito (problema também presente na obra de Kelsen), na obra de Schmitt, são destacados por William Scheuerman: “O decisionismo de Schmitt sustenta que a norma jurídica não é princípio regulativo eficaz da decisão, e abraça a tese da indeterminação do conteúdo da decisão, cuja consequência é a necessidade de construir uma teoria normativa diferenciada à da completude do ordenamento”. Cf. Scheuerman, William. *Carl Schmitt: The end of law*. Lanham, Maryland: Rowman & Littlefield Publishers, Inc., 1999, p. 8 e ss. *apud* Santos, Rogério Dutra dos. *Direito e Decisão Judicial: Carl Schmitt e os fundamentos normativos da homogeneidade política*. In: Cademartori, Luiz Henrique Urquhart. *Temas de Política e Direito Constitucional Contemporâneos*. Florianópolis, Momento Atual, 2004. p. 26

<sup>158</sup> Müller, Friedrich. *Teoria estruturante do direito*. p. 31.

<sup>159</sup> Nos dizeres de Müller, Schmitt promove o “deslocamento da decisão não somente dos argumentos da sua fundamentação, mas também do teor da prescrição jurídica subjacente”. Cf. Müller, Friedrich. *Teoria estruturante do direito*. p. 31.

<sup>160</sup> Müller, Friedrich. *Teoria estruturante do direito*. p. 31.

<sup>161</sup> Bonavides, Paulo. *Teoria estrutural de Friedrich Müller*. In: *O novo paradigma do direito: introdução à teoria e metódica estruturantes do direito*. p. 232. Sobre a repercussão da tópica de Viehweg no meio jurídico alemão assinala Bonavides: “O prestígio da tópica em toda a Alemanha se fez sentir com a adesão de três civilistas eminentes – Wieacker, Esser e Coing – seguido do apoio de constitucionalistas de peso, como Schneider e Ehmke, relatores do tema “Princípios de Interpretação Constitucional”, exposto na assembléia de 1961 dos professores de direito público daquele país. Inclinarão-se também para a tópica, nomeadamente para uma teoria material da Constituição, construindo estradas próprias com o propósito de alcançar objetivos semelhantes, juristas da envergadura de Martin Kriele, Peter Häberle, Friedrich Müller e Konrad Hesse”. Cf. Bonavides, Paulo. *Curso de direito constitucional*. p. 448. O debate acerca da pertinência da teoria de Müller aos quadros da tópica será analisado a seguir.



o procedimento lógico-dedutivo e a capacidade da aplicação subsuntiva da lei garantir uma decisão justa, razão pela qual defendia o pensamento tópico, por problemas<sup>162</sup>.

Acompanhar a crítica de Müller à tópica é importante porque o pensamento deste autor vem sendo caracterizado no país como tópico-concretista, especialmente em virtude de Paulo Bonavides, um dos principais divulgadores da obra de Friedrich Müller no Brasil<sup>163</sup>. É de se ressaltar, contudo, que o jurista alemão expressamente refuta a designação da sua teoria estruturante do direito como sendo de influência tópica<sup>164</sup>.

Apesar da tópica destacar a importância da consideração dos “dados materiais” trazidos pelo problema – o que a torna próxima da teoria e metódica estruturantes –, o papel que a norma desempenha no processo de aplicação do direito a torna incompatível com os pressupostos da teoria e metódica estruturantes. Já sob o ponto de vista epistemológico, Müller critica a tópica por sustentar a diferença categórica entre ser e dever-ser, e por não fazer a distinção entre norma e texto de norma. Entretanto, o que Müller julga

---

<sup>162</sup> Nos dizeres de Larenz, a tópica de Viehweg pode ser definida como “um processo especial de tratamento de problemas, que se caracteriza pelo emprego de certos pontos de vista, questões e argumentos gerais, considerados pertinentes – os “tópicos”, precisamente”. Os tópicos são todos aqueles argumentos utilizados para a solução dos problemas jurídicos, como e.g., princípios jurídicos materiais e conceitos como declaração de vontade, tutela da boa-fé, etc. (...) Segundo Larenz, Viehweg “aparentemente, considera como *tópico* toda e qualquer idéia ou ponto de vista que possa desempenhar algum papel nas análises jurídicas, sejam estas de que espécie forem”. Larenz, Karl. *Metodologia da Ciência do Direito*. pp. 171-172.

<sup>163</sup> Ao caracterizar o jurista alemão, afirma Bonavides: “O método de Müller é concretista. Tem sua base medular ou inspiração na tópica, a que ele faz alguns reparos, modificando-a em diversos pontos para poder chegar aos resultados da metodologia proposta”. Cf. Bonavides, Paulo. *Curso de direito constitucional*. p. 456. Em outras paragens a relação entre a tópica e a teoria de Müller foi assim desenvolvida: “Sobre os alicerces da tópica buscou-se reconstruir o edifício filosófico do direito. Um dos arquitetos dessa reconstrução, que apresentou o projeto mais brilhante e engenhoso, na obra *Teoria estrutural do direito*, é o professor Friedrich Müller, da Universidade de Heidelberg, de cuja faculdade já foi decano. Cf. Bonavides, Paulo. *Teoria Estrutural do Direito, de Friedrich Müller*. In Müller, Friedrich. *O novo paradigma do direito: Introdução à teoria e metódica estruturantes do direito*. p. 232.

<sup>164</sup> Müller expressamente recusa a designação da sua teoria como de inspiração tópica. Nas palavras do próprio autor em entrevista: “(...) não estou de acordo com Paulo Bonavides quando ele afirma possuir minha posição uma “inspiração tópica”. Evidentemente, estou mais próximo da tópica que do positivismo. Porém, apesar disso, não concordo com o pensamento tópico”. Cf. Müller, Friedrich. *O novo paradigma do direito: Introdução à teoria e metódica estruturantes do direito*. p. 272. Outros autores também recusam a relação entre a metódica estruturante do direito e a tópica. Thomas da Rosa de Bustamante assim se pronuncia: “Em minha opinião, considerar o autor da Juristische Methodik um “constitucionalista da tópica” (...) é exagerar a influência daquela corrente de pensamento no método jurídico-concretista, que está muito mais próximo de Kelsen do que de Viehweg (...) pois, segundo Müller, sem dúvida o *texto da norma* deve prevalecer sobre os problemas concretos (...), devendo todo o processo de “concretização” tê-lo como ponto de referência (...)”. Cf. Bustamante, Thomas da Rosa de. *Sobre o conceito de norma e a função dos enunciados empíricos na argumentação jurídica segundo Friedrich Müller e Robert Alexy*. In *Revista de Direito Constitucional e Internacional*. São Paulo, v. 43, 2003, pp. 101-102. Concorde-se com Bustamante no que se refere à discutível caracterização da metódica estruturante como de decisiva influência tópica. Tem-se, porém, como temerária a gradação da obra de Müller entre os extremos de Kelsen e Viehweg. Como visto no decorrer do trabalho, Müller refuta os conceitos de ciência, norma jurídica, bem como a teoria da interpretação de Kelsen, o que por si só dificulta uma relação aproximada entre as teorias.

verdadeiramente problemático é a subestimação da função da norma na aplicação do direito, bem como a vagueza da sua proposta metodológica<sup>165</sup>. No procedimento tópico a norma é tratada como um topos entre outros; sendo que “não é lícito aduzir topoi estranhos à matéria, mas é lícito aduzir topoi estranhos à norma”<sup>166</sup>.

A possibilidade da decisão se afastar do texto normativo é enfatizada por Müller como uma característica que torna a tópica imprópria ao direito constitucional e ao Estado Democrático de Direito<sup>167</sup>. Nos dizeres de Müller:

Para o direito constitucional é especialmente questionável – em virtude da sua peculiaridade como direito basilar sem maior amparo no direito positivo – se a aplicação tópica do direito pode efetivamente passar por cima de uma norma reconhecível, concretizável, se ela, e.g., pode decidir também contra o texto claro da norma constitucional, quando ela não oferece nenhum ponto de apoio para uma solução do problema, que tenha sentido<sup>168</sup>.

Em oposição à Viehweg, Müller defende a imprescindibilidade da consideração tanto da norma (mais propriamente: do texto da norma), quanto do problema. Não se trata de desconsiderar os aspectos trazidos pela realidade, mas de tratá-los no âmbito da teoria da norma jurídica. Müller propõe a consideração de ser e dever-ser, direito e realidade, como um problema de teoria da norma. A rejeição da concepção de norma jurídica do positivismo não representa adesão à tópica. É o que será visto a seguir.

### 2.3 A norma jurídica como noção composta de ser e dever-ser

Para Müller, a separação da norma e dos fatos, do direito e da realidade, assim como a compreensão da norma como algo que repousa em si e preexiste, é um dos erros fundamentais do positivismo<sup>169</sup> na ciência jurídica<sup>170</sup>. O positivismo na ciência jurídica sempre

---

<sup>165</sup> Para outro enfoque crítico a respeito da tópica: Alexy, Robert. *Teoria da argumentação jurídica: a teoria do discurso racional como teoria da justificação jurídica*. trad. Zilda Hutchinson Schild Silva. São Paulo: Landy, 2008. pp. 49-53.

<sup>166</sup> Müller, Friedrich. *Teoria estruturante do direito*. p. 67.

<sup>167</sup> Müller ainda assinala que a tópica foi criada para o direito civil e não para o direito público, e que a possibilidade da sua transferência para o domínio do direito público não seria algo evidente *per se*. Cf. Müller, Friedrich. *Teoria estruturante do direito*. p. 57.

<sup>168</sup> Müller, Friedrich. *Teoria estruturante do direito*. p. 68.

<sup>169</sup> Convém esclarecer o significado do termo *positivismo jurídico* para Müller: “Com esse termo só se compreende o direito objetivo vigente como sistema perfeito de normas jurídicas, caracteriza-se a decisão jurídica concreta como aplicação lógica de uma norma jurídica abstrata a um tipo concreto “a ser subsumido”, iguala-se a relevância jurídica à construtibilidade em termos de lógica jurídica, e a ação comunitária dos homens à “aplicação” e “execução” de normas jurídicas abstratas ou a uma infração das mesmas”. Müller, Friedrich. *Teoria estruturante do direito*. p. 17.

diferenciou norma e realidade como polaridades abstratas, e jamais os investigou de forma diferenciada como partes integrantes da estrutura da normatividade jurídica. A relação entre norma e realidade, ser e dever-ser, sempre foi relegada ao campo de estudos da filosofia do direito, em detrimento de uma sua consideração a partir da teoria da norma jurídica.

Mesmo as correntes críticas ao positivismo jamais propuseram o direcionamento do problema direito e realidade para o âmbito da teoria da norma. O máximo que fizeram foi propugnar para a atividade prático-decisória a necessária mediação entre norma e realidade, sem conseguir, porém, responder de que forma esta mediação deveria ocorrer. Apesar dos constantes apelos, não se conseguiu desenvolver uma metódica consciente, que transpusesse para a realidade da vida a sua intenção programática. Nos dizeres de Müller, não houve resposta à questão decisiva: “a quais passos individuais, controláveis da decisão jurídica prática, podem referir-se metáforas como “dialética”, “polaridade”, “atribuição correlativa”?”<sup>171</sup>. Enquanto isso os Tribunais defrontavam-se (e defrontam-se!) com questões concretas sem ter, ao seu dispor, mais do que posições genéricas em termos de método<sup>172</sup>.

No intuito de superar a vagueza das posições metódicas partidárias da concepção de norma como puro dever-ser, Müller proporá uma compreensão da norma já orientada aos métodos, porque capaz de diferenciar a estrutura da norma e da normatividade. A “compreensão de norma orientada aos métodos” será melhor esclarecida quando for

---

<sup>170</sup> Müller, Friedrich. *Teoria estruturante do direito*. p. 16. Jan Schapp aponta a relevância da problemática da distinção entre ser e dever-ser tanto para autores que sustentam a imprescindibilidade da contraposição, quanto para autores (como Müller) que a criticam: “A metodologia jurídica ainda hoje vem marcada, em grande parte, pela distinção kantiana entre ser e dever-ser. Esta distinção não é apenas determinante para os autores que a usam como base de suas construções, ela influencia até mesmo autores que a discutem criticamente”. Cf. Schapp, Jan. *Problemas fundamentais da metodologia jurídica*. trad. Ernildo Stein. Porto Alegre. Sergio Antonio Fabris Editor, 1985. p. 33.

<sup>171</sup> Müller, Friedrich. *Teoria estruturante do direito*. pp. 39-40. Sobre a vaguidade dos apelos à relação recíproca entre direito e realidade e os perigosos reflexos para a jurisprudência, afirma o autor: “A jurisprudência prática comprova que a “ação recíproca” é uma noção muito imprecisa e que dá espaço a todo processo possível de interpretação, por ser uma idéia formal e indefinida quanto às possibilidades e limites”. Cf. Müller, Friedrich. *Teoria estruturante do direito*. p. 107. É de se ressaltar que Müller estende as mesmas críticas para a desgastada “dialética”, “quando ela não é explicitada de modo responsável, mas aparece como metáfora aleatória (...)”. Cf. Müller, Friedrich. *Teoria estruturante do direito*. p. 107.

<sup>172</sup> Müller, Friedrich. *Teoria estruturante do direito*. pp. 40-41; Müller alerta que enquanto não for investigada a estrutura da normatividade e a norma for concebida como puro “dever-ser” que se confronta com o “ser”, os problemas metódicos continuarão sem solução. Nas palavras do Autor: “Enquanto uma teoria da (norma) jurídica não incluir inteiramente na investigação da estrutura da norma a estrutura da “coisa” normatizada, a norma no fundo sempre confrontar-se-á ao “ser” como um dever-ser”; será concebida como uma estrutura autônoma e independente da realidade, uma estrutura que está em conexão com a realidade apenas de modo genericamente teórico-jurídico, mas que em suas especificidades, e bem assim para os problemas metódicos, permanece em aberto”. Cf. Müller, Friedrich. *Teoria estruturante do direito*. p. 106.

observada a inter-relação entre a teoria estruturada da norma jurídica e a metódica estruturante.

Importa dizer, por ora, que Müller concluiu que o enfoque indagativo entre norma e realidade necessitava ser modificado, pois os problemas metodológicos observados na prática deixavam claro que provinham de uma noção “irrealista” da norma jurídica<sup>173</sup>. A teoria estruturante de direito operacionalizou a necessária mudança de perspectiva investigativa, ao questionar, “em vez de “norma” e “fato”, a estrutura da normatividade jurídica, tal como se apresentava na aplicação prática do Direito”<sup>174</sup>. O ponto de partida da teoria da norma de Müller parte da recusa da contraposição entre ser e dever-ser, entre a norma e a realidade a que ela se dirige.

Müller se propõe a acabar com a concepção tradicional que defende a contraposição absoluta entre ser e dever-ser<sup>175</sup>, integrando-os na teoria da norma jurídica. Ao deslocar a pergunta acerca da relação entre norma e realidade para o âmbito da teoria da norma, a teoria estruturante do direito termina por refutar tais abstrações. Não se trata de simplesmente deslocar ou maquilar o problema em termos lingüísticos. Nas palavras de Müller: “O reencaminhamento da pergunta à teoria da norma, aos fundamentos de uma concretização de direito instituído, não se concebe como tentativa adicional de mediação entre dever-ser e ser, mas como enfoque indagativo que não admite tais abstrações”<sup>176</sup>. De fato, não se trata de, uma vez mais, proclamar a dialética entre direito e realidade, norma e fato, mas de tratar esta questão como problema da estrutura da norma e da normatividade.

A alteração da concepção de norma jurídica se reflete, em termos constitucionais, na problemática da relação entre *texto* e *realidade constitucional*. Sob a ótica da teoria estruturada da norma jurídica, o debate secular em termos de teoria constitucional torna-se manifestamente simplificador. Isto porque Müller reputa como improdutiva do ponto de vista da norma a compreensão da Constituição como pura relação de tensão dos fatores sociais<sup>177</sup>.

---

<sup>173</sup> Müller, Friedrich. *O novo paradigma do direito: introdução à teoria e metódica estruturantes do direito*. p. 274.

<sup>174</sup> Larenz, Karl. *Metodologia da ciência do direito*. p. 155.

<sup>175</sup> Nos dizeres de Müller: “(...) eu devia acabar com o conceito “tradicional” da norma, que consiste em dizer: primeiramente as normas não passam de “dever-ser”. Elas não têm nada a ver com “o ser” – ao contrário, elas devem se sobrepor “sobre” os fatos do “ser” com o objetivo de dominá-los. A oposição “ser-dever-ser” é a própria base do direito (e, diga-se de passagem, de todas as outras normas, também)”. Müller, Friedrich. *O novo paradigma do direito: introdução à teoria e metódica estruturantes do direito*. p. 274.

<sup>176</sup> Müller, Friedrich. *Teoria estruturante do direito*. p. 44.

<sup>177</sup> Müller, Friedrich. *Teoria estruturante do direito*. p. 96.

Para Müller, a contraposição abstrata entre constituição e realidade constitucional deriva da equivocada compreensão da norma do positivismo jurídico, incapaz de diferenciar a estrutura da norma da normatividade:

(...) a questão sobre “direito e realidade” ou sobre “constituição e realidade constitucional” não tem nenhum sentido teórico-normativo, enquanto não só âmbitos normativos, mas também recortes das estruturas fáticas contrários ou indiferentes às normas forem indistintamente apreendidos sob a noção de realidade<sup>178</sup>.

No âmbito da teoria estruturante do direito a relação entre *texto* e *realidade constitucional* dá-se como *concretização das normas constitucionais*<sup>179</sup>. A relação entre texto e realidade constitucional dinamiza-se na estruturação da norma jurídica, isto é, através do trabalho jurídico que efetiva na práxis a validade das normas. A constituição é, pois, um elemento de trabalho do processo de concretização. Müller considera a Constituição<sup>180</sup> *um dado de linguagem*, ao passo que o processo de concretização é um *processo de linguagem*. Constituição e sua concretização estão vinculadas integrativamente<sup>181</sup>.

A partir da integração de ser e dever-ser *na* norma jurídica, a realidade constitucional passa a compor a estrutura da norma<sup>182</sup>. Desta forma, não se pode simplesmente falar na contraposição abstrata da constituição à realidade constitucional. A integração de texto e realidade constitucional será efetuada no momento de construção da norma jurídica, durante o processo de concretização. Conforme alerta Marcelo Neves, “não se trata (...) da antiga dicotomia ‘norma/realidade’, mas sim do problema referente à concretização das normas constitucionais, que, nessa perspectiva, não se confundem com o texto constitucional”<sup>183</sup>. Ao integrar direito e realidade na estrutura da norma jurídica, a relação

<sup>178</sup> Cf. Müller, Friedrich. *Teoria estruturante do direito*. p. 222; Sobre a tentativa de Friedrich Müller de superar o dualismo entre texto e realidade constitucional a partir de uma nova teoria da norma jurídica, assim se manifesta Paulo Bonavides: “Em verdade, a exaustiva perquirição de Müller busca evitar o hiato, a separação, a antinomia das duas constituições – a formal e a material – bem como aquele conhecido confronto da realidade com a norma jurídica. É esse dualismo que a metodologia concretista, ao tornar fática a norma, se empenha com maior afincio por evitar”. Cf. Bonavides, Paulo. *Curso de direito constitucional*. pp. 457-458.

<sup>179</sup> A parcela da realidade que ingressa na estrutura da norma jurídica possui caráter jurídico. Segundo Müller: “a contínua caracterização da realidade como uma grandeza extrajurídica aponta para a separação (...) entre ser e dever-ser”. Cf. Müller, Friedrich. *Teoria estruturante do direito*. p. 103.

<sup>180</sup> Segundo Müller: “a ‘constituição’ é de qualquer modo o texto, corretamente posto em vigor e ainda não invalidado legalmente, do documento que se apresenta como codificação hierarquicamente suprema em nível intra-estatal”. Cf. Müller, Friedrich. *O novo paradigma do direito: introdução à teoria e metódica estruturantes do direito*. p. 146.

<sup>181</sup> Cf. Müller, Friedrich. *O novo paradigma do direito: introdução à teoria e metódica estruturantes do direito*. pp. 144-147.

<sup>182</sup> O modo como a realidade irá compor a estrutura da norma jurídica será abordado no momento devido.

<sup>183</sup> Neves, Marcelo. *A constitucionalização simbólica*. São Paulo: Editora Acadêmica, 1994. pp.76-77.

entre texto e realidade constitucional dá-se no processo de concretização que visa à construção da norma jurídica. Segundo Neves tem-se que: “sob esse novo ponto de vista, o texto e a realidade constitucionais encontram-se em permanente relação através da normatividade constitucional obtida no decurso do processo de concretização”<sup>184</sup>.

Como visto, a problemática compreensão da norma jurídica enquanto puro dever-ser propôs a questão de uma definição mais adequada da relação entre direito e realidade, a ser buscada na direção de uma teoria sustentável da norma jurídica<sup>185</sup>. Em face do problema Müller propõe a norma jurídica como uma noção composta entre ser e dever-ser (de dados lingüísticos e de dados reais), a se estruturarem na concretização prática.

Convém agora investigar como se relaciona o conceito mülleriano de norma jurídica e o conceito de *normatividade*, cujas primeiras pistas já foram fornecidas por Neves, ao abordar a problemática da relação texto e realidade constitucional; trata-se de investigar em que medida a insurgente teoria estruturada da norma jurídica influenciou a reformulação do conceito de normatividade, e de que forma isso possibilitou a diferenciação entre *norma* e *texto normativo*.

## 2.4 Normatividade, norma e texto da norma

Segundo Müller, a contraposição estrita entre ser e dever-ser, norma e realidade, correspondeu metodologicamente, a *contrario sensu*, à equiparação entre norma e texto da norma<sup>186</sup>. Como consequência da superação da distinção entre ser e dever-ser, a teoria estruturada da norma jurídica parte do pressuposto da não identidade entre norma e texto normativo<sup>187</sup>. O texto da norma não se confunde com a norma jurídica. Na lição do jurista de

---

<sup>184</sup> Neves, Marcelo. *A constitucionalização simbólica*. p. 77; No mesmo sentido disserta João Maurício Adeodato: “a tese de Müller é que o texto e a realidade estão em constante inter-relação e que esta inter-relação, seja mais seja menos discrepante, é que vai constituir a norma jurídica”. Cf. Adeodato, João Maurício. *Ética e retórica: para uma teoria da dogmática jurídica*. p. 239.

<sup>185</sup> Müller critica a concepção da norma jurídica como “juízo hipotético transformado em proposição de lógica formal, como ordem a ser igualada ao seu texto lingüístico, como premissa maior a ser tratada segundo as regras silogísticas (...)”. Müller, Friedrich. *Teoria estruturante do direito*. p. 22.

<sup>186</sup> Müller, Friedrich. *Teoria estruturante do direito*. p. 10.

<sup>187</sup> A distinção teórica entre *norma* e *texto da norma* nem sempre vem acompanhada de preocupações metódicas consistentes, no sentido da racionalização do processo de criação da norma jurídica (e da norma de decisão). É de se observar que diversos autores subscrevem a distinção entre *norma* e *texto da norma*, sem, contudo, adotar a metódica estruturante. Sobre a distinção entre *norma* e *texto da norma* na bibliografia científica brasileira ver: Grau, Eros Roberto. *Ensaio sobre a interpretação/aplicação do direito*. 4ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2006. pp. 84-86; Barroso, Luis Roberto. *Interpretação e aplicação da constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora*. 6ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2004; Streck, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito*. 4ª Ed. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2003.

Heidelberg a norma jurídica não preexiste nos códigos e nas leis. O que se lê na Constituição Federal, por exemplo, são simples *formas preliminares*, textos de normas, e não normas jurídicas<sup>188</sup>. Como já foi dito, a “constituição” é simplesmente um *dado de linguagem*. Um elemento de trabalho do processo de concretização. A “norma constitucional” só surge no processo de concretização. Em frase que já se tornou um lugar comum, Müller assevera que “o teor literal de uma prescrição juspositiva é apenas a ponta do iceberg”<sup>189</sup>. Isto porque – e conforme se verá – o texto, como dado lingüístico, é considerado elemento pertinente apenas à formulação do *programa da norma* (Normprogramm). No âmbito da teoria estruturada da norma a “positividade do direito não é idêntica à positividade dos textos normativos”<sup>190</sup>.

Em contraposição ao modelo *estático* do positivismo jurídico, Müller desenvolve um modelo *dinâmico* da gênese da norma jurídica; a propriedade do direito ter sido produzido por autoridade competente, segundo o procedimento previsto em lei, não permite, *ipso facto*, que este texto de norma seja identificado a uma norma jurídica. A norma deverá ser construída através de um processo denominado *concretização*<sup>191</sup>.

Se a norma não se confunde com o texto, também a *normatividade* não é uma decorrência pura e simples do texto da norma, mas é resultado do efetivo funcionamento, do efetivo reconhecimento e da atualidade específica do ordenamento constitucional em causa<sup>192</sup>. A normatividade não é uma qualidade “estática”, “dada”, “substancial”, dos textos de normas.

---

<sup>188</sup> Müller deixa claro que a norma jurídica não preexiste nos códigos e nas constituições: “O que se pode ler nos códigos (e nas constituições) são somente os *textos das normas* – dito de outro modo, textos que ainda devem, pela concretização [Rechtsarbeit], ser transformados em normas jurídicas”. Cf. Müller, Friedrich. *O novo paradigma do direito: introdução à teoria e metódica estruturantes do direito*. p. 274. Acerca do mesmo tema, assevera Müller em outras paragens: “Quando os juristas falam e escrevem sobre “a” constituição referem-se ao texto da constituição; quando falam “da” lei, referem-se ao seu teor literal”. Cf. Müller, Friedrich. *Métodos de trabalho do direito constitucional*. p. 53; João Maurício Adeodato também sublinha a relação entre norma e texto de norma, norma geral e norma individual, sinalizando diferenças entre a teoria estruturante do direito e a teoria pura do direito: “Quer dizer, não só a norma do caso concreto é construída a partir do caso, mas também a norma aparentemente genérica e abstrata, ou seja, a norma **geral** não é prévia, só o seu texto o é. A norma geral não existe, é uma ficção”. Cf. Adeodato, João Maurício. *Ética e retórica: para uma teoria da dogmática jurídica*. p. 239.

<sup>189</sup> Müller, Friedrich. *Métodos de trabalho do direito constitucional*. p. 53.

<sup>190</sup> Müller, Friedrich. *Teoria estruturante do direito*. p. 209; Conforme sustenta Bonavides: “A autoridade do costume e sua qualidade jurídica, que ninguém acha em textos ou que pelo menos destes não deriva, é também invocada para sustentar a não-identidade da norma com o texto normativo”. Cf. Bonavides, Paulo. *Curso de direito constitucional*. p. 462.

<sup>191</sup> O significado do termo concretização, para a teoria e metódica estruturantes, será abordado em seguida.

<sup>192</sup> Müller, Friedrich. *Métodos de trabalho do direito constitucional*. p. 54.

A normatividade é *dinâmica*; manifesta-se em decisões práticas. Ela decorre do *processo de concretização*, realizado segundo os ditames do Estado de Direito e da democracia<sup>193</sup>.

Em outras palavras, a normatividade confirma-se apenas na determinação de questões jurídicas concretas, com o que adquire eficácia<sup>194</sup>. A afirmação de que a normatividade não se contém no texto da norma, mas decorre da práxis, é constatável ao observarmos que as decisões elaboradas, publicadas e fundamentadas pelos Tribunais se servem de outras fontes que não a lei, isto é, de precedentes, dos costumes, do Direito Comparado, de livros e estudos jurídico-dogmáticos “quer dizer, com a ajuda de numerosos textos que não são idênticos ao e transcendem o teor literal da norma”<sup>195</sup>.

Ademais, a normatividade não é uma propriedade dos textos de normas, porque a norma jurídica não é formada apenas por *dados lingüísticos*, mas também por *dados reais*. Como já foi visto, Müller propõe a norma jurídica enquanto noção composta de ser e dever-ser, de dados lingüísticos e de dados reais. A inter-relação entre ser e dever-ser *na* norma jurídica manifesta-se no conceito de normatividade. Segundo Müller: “*normatividade* designa a qualidade dinâmica de uma norma assim compreendida, tanto de ordenar à realidade que lhe subjaz – normatividade concreta – quanto de ser condicionada e estruturada por essa realidade – normatividade materialmente determinada”<sup>196</sup>. Ao tempo em que a norma influencia a realidade a que se dirige, é por ela influenciada e estruturada. Há, portanto, uma relação de circularidade entre norma e caso, norma e realidade<sup>197</sup>.

Se a norma não se confunde com o texto, mas exsurge apenas no processo de concretização, se o operador do direito é peça fundamental neste processo, torna-se patente a temporalidade inerente à normatividade. A realidade histórico-social é condição constitutiva da norma e da sua normatividade.

---

<sup>193</sup> Müller, Friedrich. *O novo paradigma do direito: introdução à teoria e metódica estruturantes do direito*. p. 146.

<sup>194</sup> Müller, Friedrich. *Métodos de trabalho do direito constitucional*. p. 61.

<sup>195</sup> Müller, Friedrich. *Métodos de trabalho do direito constitucional*. p. 55.

<sup>196</sup> Müller, Friedrich. *Teoria estruturante do direito*. p. 15.

<sup>197</sup> J.J. Gomes Canotilho também enfatiza a normatividade concreta e normatividade materialmente determinada. Segundo o Prof. português: “As normas constitucionais, como quaisquer normas jurídicas, procuram *regular* a vida e são por esta *constituídas*”. Cf. Canotilho, J.J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7ª Ed. Coimbra: Almedina, 2003. p. 1118.



## 2.5 Concretização e Interpretação: o problema jurídico como concretização de normas em vez de interpretação de textos de normas

Um dos problemas que o presente trabalho se dispõe a analisar é de que forma a mudança epistemológica na concepção da norma jurídica, levada a efeito pela teoria e metódica estruturantes, reflete na *interpretação* e na *aplicação* do direito. Já se evidenciou que a superação da distinção entre ser e dever-ser, teve como consequência, para a teoria da norma, a afirmação da não identidade entre norma e texto normativo. Igualmente já se tornou patente que a normatividade não está presente no texto da norma, mas manifesta-se concretamente.

Analisar-se-á, agora, de que forma a nova compreensão da norma jurídica – enquanto unidade estruturada entre ser e dever-ser – modifica o sentido da *interpretação* e da *aplicação* do direito. Uma diferença pode desde já ser apontada: enquanto a hermenêutica tradicional denominava o processo prático-decisório como “*aplicação do direito*”, para a teoria e metódica estruturantes o que está em jogo é a “*concretização do direito*”. Conforme ser verá, não se trata de um mero jogo de palavras.

O positivismo jurídico ao identificar norma e texto de norma apresentava a tarefa prático-decisória como um procedimento de dedução lógica<sup>198</sup>. O juiz decidiria à maneira silogística “subsumindo o caso jurídico aos conceitos de uma norma jurídica previamente dada”<sup>199</sup>. A identificação da norma com o texto (a norma seria formada por dados exclusivamente lingüísticos) proporcionou o entendimento da atividade decisória como meramente declaratória. O problema da “interpretação”, ou da “interpretação e aplicação do direito”, consistiria num problema puramente hermenêutico (em saber o que significativo-textualmente consta, *e.g.*, da lei)<sup>200</sup>.

---

<sup>198</sup> Müller julga improvável a utilização da lógica formal para a resolução dos casos concretos. As prescrições jurídicas, devido ao seu caráter lingüístico, não oferecem, na maioria dos casos, nenhum ponto de partida para operações exatas de lógica formal. Nos dizeres de Müller: “os teores jurídico materiais nem de longe estão “contidos” nos elementos lingüísticos das normas jurídicas, por sua natureza necessariamente imprecisos, de tal modo que poderiam ser transformados em momentos de conclusões lógicas”. Cf. Müller, Friedrich. *Teoria estruturante do direito*. p. 47.

<sup>199</sup> Müller, Friedrich. *O novo paradigma do direito: introdução à teoria e metódica estruturantes do direito*. p. 148. Como esclarece Ralph Christensen, no modelo positivista, “a atividade do jurista gravita em torno do pólo fixo da norma jurídica dada como orientação prévia”. Cf. Christensen, Ralph. *Teoria estruturante do direito*. In: Müller, Friedrich. *O novo paradigma do direito: introdução à teoria e metódica estruturantes do direito*. p. 234.

<sup>200</sup> Castanheira Neves, Antonio. *Metodologia jurídica: problemas fundamentais*. Coimbra: Coimbra Editora, 1993.p. 83

A teoria e metódica estruturantes, ao contrário, consideram a atividade decisória um problema prático-normativo. A não-identificação da norma com o texto, e a imprescindibilidade do caso (seja real ou fictício) – que contribuirá com a inserção dos dados reais *na* norma jurídica –, faz como que a teoria estruturante rejeite uma “interpretação aplicadora” do texto normativo. Como nos diz Castanheira Neves, Müller reconhece a prioridade metódica do caso, a inafastabilidade do caso para a concretização do direito. A norma jurídica não é dependente do caso, mas refere-se a ele<sup>201</sup>. Ambos (norma e caso) fornecem os elementos necessários à decisão jurídica. A teoria de Müller está inserida num contexto onde:

o problema da interpretação jurídica não é hermenêutico, mas normativo. Daí que o objeto em causa há de ser correlativo a esta índole do problema, sendo certo que o problema interpretativo vai implicado pela natureza prático-normativa do caso a resolver com apoio na solução desse problema. Por outras palavras, o objeto normativo interpretando não poderá ser um objeto meramente significante, mas um objeto suscetível de oferecer um critério normativo para a solução judicativa do caso decidendo. E então o objeto da interpretação não será o texto das normas jurídicas, enquanto expressão ou o corpus de uma significação a compreender e a analisar, mas a normatividade que essas normas, como critérios jurídicos, constituem e possam oferecer<sup>202</sup>.

Ao investigar a estrutura da normatividade jurídica, a teoria estruturante do direito se dá conta de que a norma jurídica também é composta por dados reais<sup>203</sup>. Assim, o processo prático-decisório não se reduz a um trabalho puramente hermenêutico, pois a norma jurídica não é um dado exclusivamente lingüístico. Não se trata, portanto, de simplesmente descobrir o significado textual das palavras da lei, o que ensejaria uma posterior “interpretação aplicadora” do texto normativo<sup>204</sup>.

---

<sup>201</sup> Müller, Friedrich. *Métodos de trabalho do direito constitucional*. p. 61.

<sup>202</sup> Castanheira Neves, Antonio. *Metodologia jurídica: problemas fundamentais*. p. 143.

<sup>203</sup> João Maurício Adeodato enfatiza brilhantemente as razões que levam Müller a propor a diferença entre a tradicional “interpretação e aplicação do direito” e a sua “concretização”. Segundo o Autor: “O procedimento genérico através do qual se procura adequar normas e fatos e decidir, tradicionalmente conhecido por “interpretação” ou “interpretação e aplicação do direito”, Müller denomina “concretização da norma” (*Normkonkretisierung*), procurando justamente afastar-se da hermenêutica tradicional e determinar mais precisamente seus conceitos e procedimentos. Nessa tarefa insiste que concretização não significa silogismo, subsunção, efetivação, aplicação ou individualização concreta do direito a partir da norma geral”. Cf. Adeodato, João Maurício. *Ética e retórica: para uma teoria da dogmática jurídica*. p. 240; Cf. Castanheira Neves, Antonio. *Metodologia jurídica: problemas fundamentais*. p. 83; Larenz, Karl. *Metodologia da ciência do direito*. p. 155.

<sup>204</sup> Neves, Marcelo. *A constituição simbólica*. p. 77.

Dito isso, importa dizer que a metódica estruturante não despreza a importância da interpretação. Entretanto, ao distinguir a “aplicação” da “concretização”, Müller conferiu à “interpretação” uma função específica, restrita. Na metódica estruturante a interpretação do teor literal da norma é somente um dos elementos da concretização (certamente um dos mais importantes)<sup>205</sup>. Müller deixa claro que a norma jurídica não está no texto, e que mera futuridade dos casos jurídicos torna imprescindível a interpretação:

Uma norma não é (apenas) carente de interpretação porque e à medida em que ela não é “unívoca”, “evidente”, porque e à medida que ela é “destituída de clareza” – mas sobretudo porque ela deve ser aplicada a um caso (real ou fictício). Uma norma no sentido da metódica tradicional (isto é: o teor literal da norma) pode parecer “clara” ou mesmo “unívoca” no papel, já o próximo caso prático ao qual ela deve ser aplicada pode fazer que ela se afigure extremamente “destituída de clareza”. Isso se evidencia sempre somente na tentativa efetiva de concretização. Nela não se “aplica” algo pronto e acabado a um conjunto de fatos igualmente compreensível como concluído. O positivismo legalista alegou e continua alegando isso. Mas “a” norma jurídica não está pronta nem “substancialmente” concluída<sup>206</sup>.

Se a interpretação mantém um específico *status* funcional na teoria e metódica estruturantes, o mesmo não se pode dizer da “aplicação”. A metódica estruturante rejeita firmemente o conceito positivista de “aplicação do direito”. A norma não pode ser simplesmente *aplicada*, porque não está pronta e nem substancialmente acabada. Sob o ponto de vista teórico, trata-se de uma impossibilidade lógica. Como já se deixou assentado, a norma jurídica será construída pelo operador do direito no decorrer do processo de concretização. Não pode, assim, ser aplicada silogisticamente.

Se a teoria e metódica estruturantes descartam o termo “aplicação” em favor da “concretização”, convém explicitar o significado do termo. À luz da teoria estruturante *concretizar* não significa em nenhuma hipótese “interpretar, aplicar, subsumir silogisticamente e concluir”<sup>207</sup>. Ao contrário, *concretizar* significa: “*produzir* diante da

---

<sup>205</sup> Isto porque “(...) não é apenas a injunção de dever-ser, que contribui para a decisão do caso, mas também, a parcela da realidade social relacionada com a norma, o âmbito da norma”. O âmbito da norma será abordado a seguir. Cf. Müller, Friedrich. *Apud* Larenz, Karl. *Metodologia da ciência do direito*. p. 155.

<sup>206</sup> Müller, Friedrich. *Métodos de trabalho do direito constitucional*. p. 61-62.

<sup>207</sup> Müller, Friedrich. *O novo paradigma do direito: introdução à teoria e metódica estruturantes do direito*. p. 150.

provocação pelo caso de conflito social, que exige uma solução jurídica, a norma jurídica defensável para esse caso no quadro de uma democracia e de um Estado de Direito”<sup>208</sup>.

Superada a querela entre aplicação e concretização, há que se dizer mais algumas palavras sobre as diferenças funcionais entre a interpretação e a concretização. Como já foi dito, a interpretação é somente um dos elementos da concretização. A “interpretação” tem sentido mais restrito, pois diz respeito às possibilidades de tratamento do texto, isto é, a interpretação dos textos de normas. Se a norma jurídica é mais do que o texto da norma, logo a concretização prática da norma é mais do que a interpretação do texto. A concretização da norma transcende, pois, a mera interpretação do texto. Paulo Bonavides oferece oportuno e definitivo esclarecimento ao dizer que: “em relação à interpretação a concretização possui um raio de abrangência muito mais largo, sendo que a respectiva metódica abraça todos os meios de trabalho mediante os quais se chega a concretizar a norma e a realizar o direito”<sup>209</sup>.

A assertiva de Bonavides, além de reafirmar que a concretização transcende a interpretação, traz outro dado importante; a concretização envolve uma respectiva “metódica”. Trata-se aqui, evidentemente, da metódica estruturante (um dos elementos que compõem a teoria estruturante do direito). De fato, a teoria da norma jurídica de Müller possui intrínseca inter-relação com a sua metódica estruturante<sup>210</sup>. Tanto é assim que Robert Alexy, em inspirada metáfora, afirma que a teoria estruturante da norma jurídica e a metódica estruturante são duas faces da mesma moeda<sup>211</sup>. O próprio Friedrich Müller assim o confirma: “Para esse conceito (estruturante do direito) a teoria (da norma) jurídica e a metodologia jurídica estão necessária e concretamente ligadas entre si, antes mesmo que seu fundamento na Constituição e que seus efeitos na dogmática jurídica fossem tomados em consideração”<sup>212</sup>.

---

<sup>208</sup> Müller, Friedrich. *O novo paradigma do direito: introdução à teoria e metódica estruturantes do direito*. p. 150.

<sup>209</sup> Bonavides, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. p. 456; Analogamente, afirma Adeodato: “A “interpretação”, para Müller um conceito mais restrito, é construída pelas possibilidades de trato jurídico, inclusive filológico, com os textos, ou seja, reduz-se a uma *interpretação de textos normativos*. Mas, como a norma jurídica é mais do que o texto, a concretização vai muito além da interpretação”. Cf. Adeodato, João Maurício. *Ética e retórica: para uma teoria da dogmática jurídica*. p. 240.

<sup>210</sup> Em uma linguagem convencional, com a sua teoria da “aplicação do direito”.

<sup>211</sup> Alexy, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 79.

<sup>212</sup> Müller, Friedrich. *Strukturierende Rechtslehre*. p. 225 *apud* Jouanjan, Olivier. *De Hans Kelsen a Friedrich Müller - Método jurídico sob o paradigma pós-positivista*. In: Müller, Friedrich. *O novo paradigma do direito: introdução à teoria e metódica estruturantes do direito*. p. 257.

A teoria da norma jurídica e a metódica são inseparáveis (“concretamente ligadas entre si”), porque a norma jurídica resulta do processo de concretização, isto é, resulta do processo *metódico* de concretização. A teoria estruturada da norma e a metódica estão jungidas, pois o processo de construção da norma jurídica – de tomada de decisão – é regido pela metódica. A norma jurídica é criada sob o fio condutor da metódica, que busca proporcionar a racionalidade que se espera no Estado Democrático de Direito.

Castanheira Neves afirma expressamente que a concretização de Friedrich Müller envolve a necessária inter-relação entre a teoria estruturante da norma jurídica e a metódica estruturante do direito. A complexidade da teoria da norma de Friedrich Müller (um projeto que abarca tanto dados lingüísticos como dados reais) tem como corolário a consideração do problema metodológico como um problema de *concretização* das normas jurídicas. Nas palavras do eminente jurista português:

Operando com as distinções entre “texto normativo” (Normtext) e “norma” (a normatividade concreto-material obtida pela estruturada concretização) (...) F. Müller pensa o concreto *judicium* jurídico como o resultado de um constitutivo processo normativo de concretização, que mobiliza estruturalmente (num processo ou “método estruturante”) um conjunto de fatores ou elementos metódicos jurídicos (“elementos de concretização”), a mais do texto normativo ou dos elementos hermenêuticos: elementos dogmáticos, elementos do respectivo domínio objetivo, elementos jurídico-teóricos, técnico-jurídicos, etc. Daí que o problema metodológico seria hoje de “Normkonkretisierung statt Normtextauslegung” (concretização de normas em vez de interpretação de textos de normas)<sup>213</sup>.

Como restou assentado, a teoria e metódica estruturantes rejeitam a “interpretação aplicadora” do direito em favor do processo de concretização. O fato da norma não estar pronta impede uma sua mera aplicação lógico-dedutiva. A diferença entre norma e texto de norma permite dizer com Olivier Jouanjan que “a norma não é o ponto de partida da concretização, mas o seu resultado”<sup>214</sup>. Este processo, porém, apenas se torna inteligível a partir da compreensão de um dado prévio: a estrutura da norma jurídica proposta por Müller. Segundo o jurista de Heidelberg, a estrutura da norma jurídica será formada pelo programa da norma (dados lingüísticos) e pelo âmbito da norma (dados reais)<sup>215</sup>. Da conjugação recíproca

---

<sup>213</sup> Castanheira Neves, Antonio. *Metodologia jurídica: problemas fundamentais*. p. 145.

<sup>214</sup> Jouanjan, Olivier. *De Hans Kelsen a Friedrich Müller – Método jurídico sob o paradigma pós-positivista*. In: Müller, Friedrich. *O novo paradigma do direito: introdução à teoria e metódica estruturantes do direito*. p. 257.

<sup>215</sup> A estrutura da norma jurídica será abordada em detalhes a seguir.

destes dois elementos será formada a norma jurídica e a posterior *norma de decisão*. Importa, por ora, começar a investigar os elementos constitutivos da norma jurídica.

## 2.6 Conceitos prévios: dados lingüísticos (*Sprachdaten*) e dados reais (*Realdaten*)

Como visto até agora, Friedrich Müller refuta a contraposição absoluta entre ser e dever-ser. A teoria da norma jurídica proposta por ele parte do pressuposto da não-identidade entre norma e texto normativo. A norma jurídica não é mero texto, razão pela qual o processo de concretização não é puramente cognitivo. Ao contrário. A norma jurídica é formada por dados lingüísticos (*Sprachdaten*) e por dados reais (*Realdaten*). A originalidade da teoria da norma jurídica de Müller reside sobretudo na inclusão dos dados reais no processo decisório de maneira controlada, isto é, metódica. Convém, assim, analisar no que consistem os denominados “dados lingüísticos” e “dados reais”.

A teoria estruturante trabalha com “dados lingüísticos” e “dados reais”. Segundo Adeodato, eles formam os dados “brutos”, pré-jurídicos e, portanto, prévios ao início do processo de concretização<sup>216</sup>. Na terminologia técnica desenvolvida, *os dados lingüísticos* (*Sprachdaten*), são formados pelos aspectos ou pontos de vista da interpretação primariamente baseados na linguagem (e.g., aspectos da interpretação gramatical, sistemática, genética)<sup>217</sup>. Estes pontos de vista primacialmente lingüísticos serão responsáveis pela posterior formação do “programa da norma”.

De outro lado, os *dados reais* (*Realdaten*), são aqueles elementos da realidade que enquanto fatos naturais ou sociais não são primariamente lingüísticos, mas que deverão ser obrigatoriamente mediados pela linguagem, a fim de que a ciência jurídica possa trabalhá-los. Os *dados reais* são, portanto, aqueles dados secundariamente lingüísticos, e que num segundo momento constituirão o ‘âmbito da norma’<sup>218</sup>.

## 2.7. O início do processo de concretização: o texto da norma e o caso como elementos propulsores do processo de concretização

De posse destes conceitos prévios, é possível analisar de que forma se desenvolve o dinâmico processo de gênese – concretização – da norma jurídica. O processo de

---

<sup>216</sup> Adeodato, João Maurício. *Ética e retórica: para uma teoria da dogmática jurídica*. p. 241.

<sup>217</sup> Müller, Friedrich. *Discours de la méthode juridique*. trad. Olivier Jouanjan. Paris: Press Universitaires de France, 1996. pp. 44; 346.

concretização parte tanto do *caso* quanto do *texto da norma* democraticamente criada pelo legislador. O texto da norma fornecerá os elementos lingüísticos, ao passo que o caso fornecerá os elementos reais. Da específica inter-relação entre elementos lingüísticos e elementos reais será formada a *norma jurídica* e a posterior *norma de decisão*.

O texto da norma é o dado de entrada/*input* do processo de concretização, ao lado do caso a ser solucionado juridicamente. O caso e os textos de normas a ele pertinentes propiciam o início do processo de concretização. A norma jurídica não pode, portanto, ser criada sem uma prévia referência aos casos. Müller enfatiza a relação norma/caso, ao dizer:

Não é possível descolar a norma jurídica do caso jurídico por ela regulamentado nem o caso da norma. Ambos fornecem de modo distinto, mas complementar, os elementos necessários à decisão jurídica. Cada questão jurídica entra em cena na forma de um caso real ou fictício<sup>219</sup>.

Pois bem. Deve-se esclarecer, desde já, que a aventada inclusão dos dados reais na norma jurídica não significa uma sua prevalência em relação ao texto da norma. A consideração dos elementos reais não acarreta em casuísmo ou condescendência com a “força normativa do fático”. A metódica estruturante não permite que todos os dados reais ingressem no processo de concretização, mas somente aqueles relevantes. Como nos diz Müller “só fatos relevantes para o programa da norma e fatos conformes ao programa da norma podem codeterminar o conteúdo da decisão”<sup>220</sup>. Importa analisar, por ora, como se inicia o processo de “filtragem” dos dados reais.

O operador do direito que pretenda solucionar um caso normalmente se depara com o “relato do caso” (*Fallerzählung*)<sup>221</sup> feito pelo leigo englobando todas as circunstâncias fáticas efetivamente ocorridas, bem como (e porventura) aspectos de natureza social, política, psicológica, etc<sup>222</sup>. Cabe ao operador do direito transformar o “relato do caso” (*Fallerzählung*)

<sup>218</sup> Müller, Friedrich. *Discours de la méthode juridique*. pp. 44-45; 346.

<sup>219</sup> Müller, Friedrich. *Métodos de trabalho do direito constitucional*. p. 63.

<sup>220</sup> Müller, Friedrich. *O novo paradigma do direito: introdução à teoria e metódica estruturantes do direito*. p. 154.

<sup>221</sup> João Maurício Adeodato traduz a expressão “*Fallerzählung*” por “relato do caso”. Cf. Adeodato, João Maurício. *Ética e retórica: para uma teoria da dogmática jurídica*. p. 242; Olivier Joaunjan, na edição francesa, fala em “version profane du cas juridique (Le récit de l’espèce)”. Cf. Müller, Friedrich. *Discours de la méthode juridique*. p. 45.

<sup>222</sup> João Maurício Adeodato fornece uma gama de exemplos que ajudam na conceitualização do chamado “relato do caso”: “O relato do caso é a maneira pela qual o caso em questão chega ao conhecimento do profissional de direito: “esta mulher sempre foi muito apaixonada pelo marido”; “ela dependia emocional e financeiramente dele”; “esta mulher se comportava de maneira estranha, assim e assado”; “esta mulher adora roupas coloridas”;

nas “circunstâncias do caso” (Sachverhalt)<sup>223</sup>. Esta passagem é promovida pelo operador do direito, mediante os seus conhecimentos e a sua pré-compreensão jurídica. Ele será o responsável pela filtragem e pelo descarte daqueles fatos e circunstâncias que julga irrelevantes para a posterior concretização jurídica. De fato, nem todos os fatos trazidos pelo leigo serão pertinentes, eis que nem sempre este possui uma correta compreensão do sistema jurídico.

O processo de concretização continua no caminhar das “circunstâncias do caso” (Sachverhalt) para o “âmbito da matéria” (Sachbereich)<sup>224</sup>. O “âmbito da matéria” (Sachbereich) será o produto do confronto das “circunstâncias do caso” (Sachverhalt) – aqueles fatos que passaram pelo filtro de juridicidade do profissional do direito – com as hipóteses de textos de normas válidos a ele relacionáveis. Ou seja, diante das “circunstâncias do caso” (Sachverhalt), o operador do direito entende que são pertinentes os textos de normas X,Y, ou Z. É dessa relação entre hipóteses de textos válidos e as “circunstâncias do caso” que se chega ao “âmbito da matéria” (Sachbereich). Note-se que enquanto a passagem do “relato do caso” (Fallerzählung) para as “circunstâncias do caso” (Sachverhalt) é realizada tão somente a partir da pré-compreensão do operador do direito, a passagem das “circunstâncias do caso” para o “âmbito da matéria” (Sachbereich) envolve textos de normas válidos.

A última etapa não-normativa do processo de concretização ocorre com a criação do “âmbito do caso” (Fallbereich)<sup>225</sup>. Após a determinação das hipóteses de textos de normas

“ela comprou revólver e balas no dia tal”; “este homem comportava-se como se fosse abandoná-la”; “este homem levou um tiro no peito”; “ele tinha muitos amigos e torcia pelo Sport Clube”; e assim por diante”. Cf. Adeodato, João Maurício. *Ética e retórica: para uma teoria da dogmática jurídica*. p. 242; Cf. Santos, Rodrigo Miotto dos. *Método, racionalidade e legitimidade da decisão judicial: uma análise a partir da teoria estruturante de Friedrich Müller*. p. 62.

<sup>223</sup>Peter Naumann, na obra “Direito, linguagem e violência”, traduz a expressão “Sachverhalt” como “circunstâncias do fato”. Cf. Müller, Friedrich. *Direito, linguagem, violência: elementos de direito constitucional I*. p. 17; João Maurício Adeodato utiliza a expressão “circunstâncias da matéria”. A edição francesa fala em “circonstances de l’espèce”. Como o presente trabalho não utiliza o original *Juristische Methodik*, mas sim a versão francesa “*Discours de la méthode juridique*”, preferiu-se traduzir a expressão “Sachverhalt” por “circunstâncias do caso”. No mesmo sentido: Santos, Rodrigo Miotto dos. *Método, racionalidade e legitimidade da decisão judicial: uma análise a partir da teoria estruturante de Friedrich Müller*.

<sup>224</sup>Rodrigo Bornholdt em algumas passagens de sua obra traduz a expressão “Sachbereich” por “âmbito da realidade”. Cf. Bornholdt, Rodrigo Meyer. *Métodos para Resolução do conflito entre direitos fundamentais*. p. 46; Peter Naumann traduz “Sachbereich” por “âmbito da coisa”. Cf. Müller, Friedrich. *O novo paradigma do direito: introdução à teoria e metódica estruturantes do direito*. p. 149. Adotamos a definição de João Maurício Adeodato: “âmbito da matéria”. Cf. Adeodato, João Maurício. *Ética e retórica: para uma teoria da dogmática jurídica*. p. 246

<sup>225</sup>Rodrigo Bornholdt também discorre sobre a importância da determinação do “âmbito do caso” (Fallbereich). Segundo o autor: “O “âmbito do caso” consiste na parcela da realidade relevante para o trabalho de concretização. É, portanto, por meio dele que o operador jurídico se pode desvencilhar da infinidade de possibilidades oferecidas pela realidade. Implica ele uma redução, por razões de economia, do âmbito da



pertinentes, o operador do direito, por economia de trabalho, reduz ainda mais os aspectos factuais que julga convenientes em vista dos textos, dando origem ao denominado “âmbito do caso” (Fallbereich)<sup>226</sup>.

Com a elucidação do “âmbito do caso” (Fallbereich), começa propriamente o momento normativo do processo de concretização, que se estabelecerá com a determinação do programa da norma (Normprogramm), e do âmbito da norma (Normbereich). O programa normativo e o âmbito normativo compõem a *norma jurídica* (Rechtsnorm) (ainda geral e abstrata), que ao final do processo de concretização dará lugar à *norma de decisão* (Entscheidungsnorm). A estrutura da norma – programa da norma e âmbito da norma – e a caracterização da “norma jurídica” e da “norma de decisão” serão precisadas a seguir.

É preciso dizer, ao final, que nem todos os passos acima citados terão de ser necessariamente percorridos. Tudo dependerá da complexidade do caso que se apresenta<sup>227</sup>. O objetivo de Müller ao dividir os passos da concretização é apenas aumentar o número de justificações e fundamentações, com o propósito de garantir a racionalidade do processo.

Não obstante, convém noticiar a crítica de Böckenförde, amplamente subscrita por João Maurício Adeodato, acerca dos problemas que cercam os conceitos propostos por Müller, e quais os reflexos disso para a compreensão da sua obra metódica. Segundo os autores:

Nunca se sabe se conceitos corriqueiros como normatividade, âmbito da norma, estrutura da norma, etc. estão sendo propriamente entendidos. Isso é bem claro, por exemplo, na diferenciação entre o conceito mais tradicional de *Tatbestand*, que Muller sempre trata de legal (gesetzlicher Tatbestand) e *Sachverhalt* ou *Sachbereich*. Ou mesmo o conceito de *Normbereich* colocado por Müller, que parece referir o que qualquer advogado chamaria *Sachverhalt*, tornando artificial a distinção (...). Tais desvios na linguagem comum e das

---

realidade, formado, por sua vez, pela soma do texto da norma com os dados da realidade. O âmbito do caso, filtrado e transformado pelo programa normativo, transmuda-se em âmbito normativo”. Cf. Bornholdt, Rodrigo Meyer. *Métodos para Resolução do conflito entre direitos fundamentais*. p. 49.

<sup>226</sup> Müller, Friedrich. *Discours de la méthode juridique*. p. 45; Adeodato novamente nos fornece preciosos exemplos acerca da redução de complexidade operada na transformação do “âmbito da matéria” (Sachbereich) no “âmbito do caso” (Fallbereich): “Nessa fase, no âmbito do caso, o jurista já observa o âmbito da matéria diante daquele caso específico: se a fulana homicida estava mesmo enciumada, bêbeda, quanto havia bebido, teria sido a ponto de perder a consciência, se maquinou previamente o homicídio, como o fez, com quem conversou, em que horários, etc. Cf. Adeodato, João Maurício. *Ética e retórica: para uma teoria da dogmática jurídica*. p. 246; Para uma exposição do *continuum* “circunstâncias do caso” até o “âmbito do caso”, ver: Müller, Friedrich. *O novo paradigma do direito: introdução à teoria e metódica estruturantes do direito*. pp. 150-152.

<sup>227</sup> Cf. Adeodato, João Maurício. *Ética e retórica: para uma teoria da dogmática jurídica*. p. 249.

discussões dos juristas provocam um déficit comunicativo, que funciona como imunização a críticas, por um lado, pois sempre se pode dizer que o conceito em questão não é exatamente aquele defendido por ele, mas, por outro, praticamente exclui a possibilidade de estender sua teoria a círculos, além daqueles que já conhecem e reconhecem seu trabalho<sup>228</sup>.

## **2.8 A estrutura da norma (Normstruktur): programa normativo (Normprogramm) e âmbito normativo (Normbereich)**

Já foi investigada a relação da normatividade com a norma e o texto da norma, a acentuada diferença funcional entre a interpretação e a concretização, os conceitos prévios ao início do processo de concretização (*Sprachdaten* e *Realdaten*), bem como os passos introdutórios que devem ser dados pelo operador do direito rumo à solução do caso jurídico que se lhe apresente.

Convém agora analisar a estrutura da norma jurídica tal como proposta por Friedrich Müller. Já se evidenciou que a norma jurídica é composta por dados lingüísticos e dados reais. É necessário aprofundar esta inter-relação. A estrutura da norma designa o nexo entre as partes conceituais integrantes da norma jurídica: o programa da norma (Normprogramm) e o âmbito da norma (Normbereich). Os referidos dados lingüísticos são responsáveis pela formação do programa da norma (primeira parte da norma jurídica), ao passo que os dados reais conformam o âmbito da norma (segunda parte da norma jurídica). Segue-se à exposição:

### **2.8.1 O programa normativo (Normprogramm)**

Como visto anteriormente, a solução do caso concreto depende primeiramente da filtragem dos dados reais. O operador do direito, munido de seus conhecimentos técnicos e da sua pré-compreensão jurídica, deverá caminhar do “relato do caso” (Fallerzählung) até o “âmbito do caso” (Fallbereich). Realizado o prévio trajeto, “com a ajuda de todos os elementos de trabalho que são, num primeiro momento, de natureza lingüística, i.e., com a ajuda dos dados lingüísticos, ele elabora o programa da norma”<sup>229</sup>. O programa da norma não

---

<sup>228</sup> Cf. Adeodato, João Maurício. *Ética e retórica: para uma teoria da dogmática jurídica*. p. 254. A mesma crítica é reproduzida por Santos. Cf.: Santos, Rodrigo Mioto dos. *Método, racionalidade e legitimidade da decisão judicial: uma análise a partir da teoria estruturante de Friedrich Müller*. p. 64.

<sup>229</sup> Müller, Friedrich. *O novo paradigma do direito: introdução à teoria e metódica estruturantes do direito*. p. 151. Conforme acentua Adeodato, “o programa da norma indica os dados lingüísticos (também técnicos)

será desenvolvido abstratamente, mas em face do caso. É a partir do caso, concreto ou fictício, que o operador do direito escolherá os textos de normas válidos que, após serem interpretados com a ajuda de todos os meios auxiliares disponíveis, se consubstanciarão no programa da norma<sup>230</sup>.

Na definição de Müller, o programa da norma (*Normprogramm*) expressa a “ordem jurídica”, o “comando jurídico”, o impulso de regulamentação inerente a qualquer norma. Reitere-se: o programa da norma será formado pelo texto da norma, interpretado com todos os recursos metódicos disponíveis. Estes recursos são representados pelos métodos tradicionais de interpretação (formulados por Savigny e reformulados por Müller<sup>231</sup>): gramatical, sistemático, histórico, genético e teleológico; bem como os modernos princípios da interpretação constitucional: interpretação conforme a constituição, critério de aferição da correção funcional, etc.

Já se acentuou que a originalidade da teoria da norma de Müller consiste na inserção dos dados reais na estrutura da norma jurídica. A pergunta que se coloca é como estes dados reais são selecionados. Uma primeira barreira contra a seleção arbitrária dos dados reais é colocada – como visto – pela pré-compreensão jurídica do operador do direito. A segunda barreira é erguida pelo programa da norma. O programa da norma atua como filtro dos dados reais que ingressarão no processo de decisão. O programa da norma – isto é, o teor literal mediado pelos recursos metódicos – fornecerá as balizas para a seleção dos elementos reais que irão configurar o âmbito da norma. Apenas os dados reais que se mostrarem relevantes ao programa normativo serão admitidos. O âmbito normativo (*Normbereich*) deverá ser compatível com o programa da norma (*Normprogramm*). Afasta-se assim uma normatividade fática pura e simples.

Por fim, deve-se ressaltar que o programa da norma dirige e limita o processo de concretização admissível no Estado Democrático de Direito. Nos dizeres de Müller o

---

normativamente relevantes”. Cf. Adeodato, João Maurício. *Ética e retórica: para uma teoria da dogmática jurídica*. p. 248.

<sup>230</sup> Como visto anteriormente, a norma jurídica não depende do caso, mas refere-se a ele. Se o programa da norma é parte integrante da estrutura da norma jurídica, também ele necessitará do impulso de um caso para a sua formulação.

<sup>231</sup> Conforme observa Bornholdt: “(...) Müller procura precisar o *modus operandi* dos elementos de interpretação sugeridos por Savigny, com o que assumem estes, inclusive quanto à sua definição doutrinária comum, significação bastante diversa daquela normalmente encontrada entre os operadores do direito”. Bornholdt, Rodrigo Meyer. *Métodos para resolução do conflito entre direitos fundamentais*. pp. 40-41. As diferenciações,

programa da norma será responsável por indicar os “*espaços de ação metodicamente domináveis*”, dentro dos quais o trabalho jurídico se deve legitimar e com base nos quais ele pode ser controlado e criticado”<sup>232</sup>.

## 2.8.2 O âmbito normativo (Normbereich)

Segundo Müller o âmbito normativo (Normbereich)<sup>233</sup> expressa o “recorte da realidade social na sua estrutura básica que o programa da norma “escolheu” para si ou em parte “criou” para si como seu âmbito de regulamentação”<sup>234</sup>; ele pertence à norma jurídica com grau hierárquico igual ao programa da norma, e deve ser visto como entidade jurídica e não extrajurídica. O âmbito normativo é parte integrante da norma jurídica e fator co-constitutivo da normatividade. A partir dos dados fornecidos pelo “âmbito do material” (Sachbereich) ou pelo “âmbito do caso” (Fallbereich), o programa da norma destaca o respectivo “âmbito normativo”, que com ele co-formará a estrutura da norma jurídica.

O âmbito da norma não se identifica com as peculiaridades materiais das “circunstâncias dos fatos” (Sachverhalt), posto que compõe a estrutura da norma jurídica<sup>235</sup>.

inovações e ordenações na definição e no trato dos elementos de interpretação sugeridos por Savigny serão abordadas no 3º Capítulo.

<sup>232</sup> Müller, Friedrich. *Direito, linguagem, violência*: elementos de direito constitucional I. p. 44. A característica do texto como guia e limitador do processo de concretização enseja a comparação do programa normativo de Müller com a “moldura” kelseniana. Segundo João Maurício Adeodato: “(...) o texto de toda norma é importante em sua concretização, pois assume a função de fixar os limites (Grenzfunktion) a partir dos quais a norma será concretizada. Neste sentido, aproxima-se da “moldura” kelseniana, pois o texto limita a concretização e não permite decidir em qualquer direção, como querem diversas formas de decisionismo”. Cf. Adeodato, João Maurício. *Ética e retórica*: para uma teoria da dogmática jurídica. pp. 238-239; No mesmo sentido Thomas da Rosa de Bustamante: “Percebe-se, aqui, que ainda resta uma conexão entre o pensamento de Friedrich Müller e as teses de Hans Kelsen, pois o denominado “programa da norma” em muito se assemelha à “moldura normativa” prevista na Teoria Pura do Direito: nos dois casos o texto da norma é visto como algo ainda incapaz de permitir a aplicação mecânica da norma à realidade – requerendo do interprete uma valoração a fim de que a norma de decisão (Müller) ou norma concreta (Kelsen) possa ser utilizada na resolução do caso – mas, ao mesmo tempo, como um limite intransponível à liberdade criadora do intérprete”. Cf. Bustamante, Thomas da Rosa de. *Sobre o conceito de norma e a função dos enunciados empíricos na argumentação jurídica segundo Friedrich Müller e Robert Alexy*. p. 103.

<sup>233</sup> Assim como outros conceitos da teoria estruturante do direito, a expressão âmbito normativo (Normbereich) encontra distintas traduções. Peter Naumann, na tradução da obra “*Direito, linguagem e violência*” traduz a expressão “Normbereich” por “área da norma”. Cf. Müller, Friedrich. *Direito, linguagem, violência*: elementos de direito constitucional I. p. 42; A edição francesa “*Discours de la méthode juridique*” utiliza a expressão “Champ Normatif”. Cf. Müller, Friedrich. *Discours de la méthode juridique*. p. 28 e ss; José Lamego, de outro lado, na tradução da obra “*Metodologia da ciência do direito*”, de Karl Larenz, refere-se ao âmbito normativo da teoria de Müller por “domínio da norma”. Cf. Larenz, Karl. *Metodologia da ciência do direito*. p. 155.

<sup>234</sup> Müller, Friedrich. *Métodos de trabalho de direito constitucional*. p. 57.

<sup>235</sup> Müller, Friedrich. *Métodos de trabalho de direito constitucional*. p. 58; No mesmo sentido esclarece Eros Roberto Grau: “Para Müller o âmbito normativo é mais do que a mera soma de fatos, abrangendo um complexo real e possível, que aparece em toda regra (= enunciado normativo), formulado com elementos estruturais retirados da realidade. O âmbito da norma não congrega (imediatamente) à totalidade dos fatos; ele se manifesta quando um programa de interpretação é praticado (pelo intérprete), visando à aplicação de normas jurídicas;

Ele expressa os dados da realidade que não podem ser desconsiderados na formulação da norma jurídica e da norma de decisão, o que não significa – como visto –, que estes dados sejam uma mera soma dos fatos. Isto porque o âmbito normativo é *selecionado e conformatado* pelo programa da norma. Conforme sustenta Müller, “o âmbito da norma entra no horizonte visual da norma jurídica bem como da norma de decisão unicamente no enfoque indagativo determinado pelo programa da norma”<sup>236</sup>. O programa da norma consubstancia-se, portanto, em um mecanismo de defesa perante uma “força normativa do fático”<sup>237</sup>.

Müller esclarece que os âmbitos normativos podem ser gerados pelo direito<sup>238</sup> ou não gerados pelo direito. Na maioria dos casos, porém, ressalta que o âmbito normativo apresenta componentes gerados e não gerados pelo direito. De um lado, prescrições referentes a prazos, datas, regras processuais e institucionais são exemplos de disposições com âmbitos normativos gerados pelo direito; de outro, prescrições relativas aos direitos fundamentais ou as normas principiológicas constitucionais são exemplos de disposições cujos âmbitos normativos não são gerados pelo direito. Prescrições com âmbitos normativos gerados pelo próprio direito são mais facilmente formuláveis no texto da norma<sup>239</sup>, ao passo que prescrições com componentes não gerados pelo próprio direito carecem de uma decisiva análise do âmbito normativo, consistente numa efetiva remissão à realidade.

Os elementos do âmbito normativo são freqüentemente apenas insinuados nas prescrições constitucionais através de palavras-chave. Serão estas palavras-chave que fornecerão as diretivas para a formulação do âmbito da norma, isto é, a parcela da realidade social relacionada com o texto da norma. Conforme esclarece João Maurício Adeodato:

---

então, tendo em vista o caso concreto, emergem naquele âmbito relevantes estruturas sociais básicas que irão delinear o seu universo”. Cf. Grau, Eros Roberto. *Ensaio sobre a interpretação/aplicação do direito*. 4ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 78; Finalmente afirma Larenz: “o domínio da norma”, que não equivaleria às particularidades da situação de fato a julgar, seria um “fator constituinte da normatividade”, e até uma “parte integrante da configuração da previsão normativa”. Cf. Larenz, Karl. *Metodologia da ciência do direito*. p. 155.

<sup>236</sup> Müller, Friedrich. *Métodos de trabalho de direito constitucional*. p. 59.

<sup>237</sup> A preocupação da teoria e metódica estruturantes com a inserção controlada da realidade também é enfatizada por Bornholdt: “(...) se é certo que o âmbito normativo também forma a norma, isto não significa um abandono do texto em prol da realidade. Há, como já se aludiu, uma interação entre ambos. Cf. Bornholdt. Rodrigo Meyer. *Métodos para resolução do conflito entre direitos fundamentais*. p. 47.

<sup>238</sup> Müller apresenta como exemplo de prescrições com âmbitos de normas gerados pelo direito àquelas referentes às Seções VIII e IX da Lei Fundamental de Bonn, que tratam, respectivamente, da “execução das leis federais e a administração federal” e do “Poder Judiciário”.

<sup>239</sup> Como nos diz Müller, “em prescrições referentes à forma, em normas processuais e organizacionais, em prescrições de remissão [Verweisungsvorschriften], definições legais [Legaldefinitionen] e em regulamentações com enunciado jusdogmático-conceitual numérica ou individualmente determinado os âmbitos de normas desaparecem por trás dos programas das normas”. Cf. Müller, Friedrich. *Métodos de trabalho do direito constitucional*. pp. 59-60.

Os textos das normas referem-se, por exemplo, a partes do mundo real, como “imprensa”, “a ciência”, “a arte”, “a concorrência”, “a natureza jurídica do seguro”, “o curso de doutorado”; são esses cortes da realidade social visados pelo programa da norma ou por ele construídos que Müller denomina o âmbito da norma<sup>240</sup>.

Müller não se furta em apresentar alguns exemplos destas palavras-chaves. Partindo da realidade alemã, isto é, da Lei Fundamental de Bonn, Müller oferece alguns modelos de âmbitos normativos gerados pelo próprio direito (“associações e sociedades”, art. 9, (1), da Lei Fundamental; “propriedade”, “direito de sucessão hereditária”, art. 14, (1), 1ª frase, da Lei Fundamental), e não gerados pelo próprio direito (“arte e ciência, pesquisa e ensino”, art. 5º, (3), 1ª frase, da Lei Fundamental)<sup>241</sup>.

A Constituição da República Federativa do Brasil, também é capaz de fornecer exemplos de prescrições com âmbitos normativos gerados e não gerados pelo próprio direito. O art. 7º, inciso III, da Constituição Federal, apresenta um âmbito normativo completamente gerado pelo direito, o que permite a sua formulação no texto da norma. Isto porque o programa da norma afirma que é direito do trabalhador urbano e rural o “fundo de garantia por tempo de serviço”. O “fundo de garantia por tempo de serviço” é uma definição legal prevista em lei e regulamentada por decreto. A definição do que seja “fundo de garantia por tempo de serviço” é dada pelo próprio direito. Logo, não há a necessidade de recorrer à realidade para a formulação do âmbito normativo; ele é suficientemente dado pelo programa da norma da prescrição.

De outro lado, o art. 5º, inciso X, possui um âmbito normativo com componentes não gerados pelo direito<sup>242</sup>. Isto porque o programa normativo diz que são invioláveis a “intimidade, a vida privada, a honra e a imagem” das pessoas. O âmbito normativo “honra”, por exemplo, é externo ao texto normativo, não é dado pelo próprio direito; não é passível de segura determinação a partir do programa da norma. A “parcela da realidade social” a que o programa da norma se dirige – honra – não está circunscrita no texto normativo. Trata-se de

<sup>240</sup> Cf. Adeodato, João Maurício. *Ética e retórica: para uma teoria da dogmática jurídica*. p. 248.

<sup>241</sup> Müller, Friedrich. *O novo paradigma do direito: introdução à teoria e metódica estruturantes do direito*. pp. 31-32. Os artigos citados são os seguintes: **Art. 5. (3) 1ª frase.** A arte e a ciência, a pesquisa e o ensino são livres. **Art. 9. (1)** Todos os alemães têm o direito de constituir associações e sociedades. **Art. 14. (1) 1ª frase.** A propriedade e o direito de sucessão hereditária são garantidos. Especificamente sobre o âmbito normativo da ciência, Müller afirma: “Se o art. 5º, inc. 3, alínea 1, da CF declara que a ciência é “livre”, a análise do âmbito normativo deve investigar o que, do ponto de vista jurídico, pode significar essa “liberdade”, em vista da estrutura básica passível de ser racionalizada”. Müller, Friedrich. *Teoria estruturante do direito*. p. 235.

um âmbito de norma dado de maneira incompleta pelo texto, na forma de uma palavra-chave. Na investigação do âmbito normativo “honra” será necessária uma abordagem que leve em conta, e.g., as contribuições da filosofia, da sociologia, da economia, etc. O mesmo raciocínio é válido para outros âmbitos normativos não circunscritos no texto normativo. Para a determinação destes âmbitos normativos o operador do direito deverá selecionar aqueles dados que são imprescindíveis para a norma jurídica e para a norma de decisão, podendo fazer uso de estudos, pesquisas, monografias científicas, precedentes, material de direito comparado, etc.

Por todo o exposto resta evidente que a dificuldade de concretização dos direitos fundamentais reside na problemática determinação dos âmbitos normativos, normalmente apenas evocados pelo texto normativo através de expressões sintéticas (“intimidade, a vida privada, a honra e a imagem”)<sup>243</sup>. A diferenciação entre âmbitos normativos gerados pelo direito e não gerados pelo direito, permite concluir que os âmbitos normativos podem ser de extensão, autonomia material e densidade bem diferentes. Os exemplos de normas constitucionais acima referidas, com âmbitos normativos, fortemente marcados pelos dados reais<sup>244</sup>, fornecem exemplo bastante. Trata-se de uma complexidade que a teoria estruturante não obscurece. Ao contrário, objetiva lidar metodologicamente.

## 2.9 O surgimento da normatividade: Norma jurídica (Rechtsnorm) e norma de decisão (Entscheidungsnorm)

Como visto, o programa normativo (Normprogramm) e o âmbito normativo (Normbereich) compõem a estrutura da norma jurídica. Ao interligar o programa da norma e o âmbito da norma, o operador do direito cria a norma jurídica (Rechtsnorm) – ainda formulada de forma geral e abstrata. O derradeiro trabalho do operador do direito consiste na individualização da norma jurídica em uma *norma de decisão* (Entscheidungsnorm), que consiste no somatório de todas as fases do processo de concretização<sup>245</sup>. Na síntese precisa de Eros Roberto Grau:

a concretização implica um caminhar do *texto da norma* para a *norma concreta* (a *norma jurídica*), que não é ainda, todavia, o destino a ser

---

<sup>242</sup> Dispõe o art. 5º, inciso X: “são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação”.

<sup>243</sup> Müller, Friedrich. *Teoria estruturante do direito*. p. 205.

<sup>244</sup> Müller, Friedrich. *Teoria estruturante do direito*. p. 271.

<sup>245</sup> Müller, Friedrich. *Discours de la méthode juridique*. p. 46.

alcançado; a concretização somente se realiza no passo seguinte, quando é descoberta a *norma de decisão*, apta a dar solução ao conflito que consubstancia o caso concreto<sup>246</sup>.

Se é possível uma analogia, poder-se-ia dizer que a norma jurídica (Rechtsnorm) representa os “considerandos”, os argumentos determinantes da sentença, ao passo que a norma de decisão (Entscheidungsnorm) consiste na parte dispositiva da sentença (e.g., “A lei é inconstitucional”; “A medida não viola o direito fundamental ‘x’”; “o prazo previsto pela constituição não foi observado”)<sup>247</sup>. Segundo Müller, apenas é possível falar na viabilidade do raciocínio subsuntivo após a formulação da norma de decisão.

Por fim, importa dizer – e conforme sinalizado no decorrer do capítulo –, que os dados de partida do trabalho jurídico (texto de norma, “circunstâncias do caso” [Sachverhalt]) não são normativos. A normatividade não é uma qualidade do texto normativo, e tampouco dos fatos isoladamente considerados. A normatividade apenas exsurge com a norma jurídica (Rechtsnorm), enquanto resultado intermediário formulado em termos gerais; e com a norma de decisão (Entscheidungsnorm), enquanto determinação obrigatória do caso individual<sup>248</sup>.

Com estas explicações espera-se que a estrutura da norma jurídica proposta por Friedrich Müller tenha sido suficientemente esclarecida. Müller refuta a separação entre ser e dever-ser, e porquanto qualquer entendimento que pretenda contrapor aspectos normativos a aspectos da realidade. Ser e dever-ser são integrados na norma jurídica segundo as exigências do programa da norma (Normprogramm) e do âmbito da norma (Normbereich). A articulação entre ser e dever-ser torna-se um problema de teoria da norma jurídica. Espera-se, outrossim, que a imbricação entre a teoria estruturada da norma e a metódica estruturante tenha restado evidente. Isto porque o capítulo subsequente apresentará a metódica estruturante de Friedrich Müller, enquanto modo de trabalho que objetiva desenvolver meios controláveis de decisão, fundamentação e representação das funções jurídicas<sup>249</sup>. Ver-se-á, assim, os elementos do processo de concretização, bem como a polêmica hierarquia entre os elementos de concretização proposta por Müller.

---

<sup>246</sup> Grau, Eros Roberto. *Ensaio sobre a interpretação/aplicação do direito*. p. 79.

<sup>247</sup> Müller, Friedrich. *Teoria estruturante do direito*. p. 151.

<sup>248</sup> Müller, Friedrich. *Discours de la méthode juridique*. p. 46.

<sup>249</sup> Müller, Friedrich. *Métodos de trabalho do direito constitucional*. p. 69.



## CAPÍTULO 3: A METÓDICA ESTRUTURANTE DO DIREITO: LIMITES E POSSIBILIDADES DE CONCRETIZAÇÃO

### 3.1 Introdução à metódica estruturante do direito

No presente capítulo analisar-se-á a componente *metodológica* da teoria estruturante, isto é, a denominada *metódica estruturante do direito*. Após esta breve introdução, discorrer-se-á sobre o contexto de formação da metódica estruturante, os elementos que integram o processo de concretização e a hierarquia entre os elementos de concretização da norma jurídica.

Procurar-se-á, igualmente, estabelecer um diálogo entre a metódica estruturante e a realidade brasileira, seja: (i) na pergunta sobre o estado da hermenêutica constitucional na bibliografia científica brasileira<sup>250</sup>; (ii) apresentando exemplos extraídos da Constituição Federal para a exposição das diferentes estruturas de normas jurídicas; (iii) na análise de um caso do Supremo Tribunal Federal, no intuito de aferir como são utilizados, na práxis, os distintos elementos de concretização.

Antes de discorrer sobre *o que é* a metódica estruturante convém deixar assentado o que ela *não é*. Tal raciocínio servirá para excluir, *in limine*, possíveis pré-compreensões que não se coadunam com a teoria do jurista de Heidelberg. Servirá, num segundo aspecto, para continuar a traçar uma linha divisória entre a teoria estruturante do direito e aquelas que lhe são precedentes.

Muito sinteticamente, podemos dizer que a metódica jurídica não é uma lógica jurídica formal, e tampouco se restringe a uma mera técnica para a resolução de casos<sup>251</sup>. A metódica jurídica não é uma lógica formal, pois rejeita veementemente a separação epistemológica entre *ser* e *dever-ser* e a possibilidade de resolução dos casos concretos por meio do tradicional raciocínio subsuntivo. De outro lado, não é simplesmente uma técnica de

---

<sup>250</sup> Metódica, na linguagem de Müller.

<sup>251</sup> Müller, Friedrich. *Discours de la méthode juridique*. p. 35.

resolução de casos concretos, uma “técnica do proceder praticamente”. A metódica estruturante não é apenas prática, mas uma *teoria da práxis*<sup>252</sup>.

A metódica jurídica compreende a modalidade de trabalho cotidiano dos juristas<sup>253</sup>. Müller pretende descrever o modo de realização do direito tal como ele se apresenta na práxis. Não se trata, porém de legitimar a práxis, mas de racionalizá-la. Este esforço de racionalização tem por objetivo desenvolver um nível de racionalidade e de controlabilidade da concretização do direito de acordo com textos de normas<sup>254</sup>. Incumbe à metódica estruturante desenvolver regras que tornem possível a explicitação da estrutura de concretização da norma jurídica no caso concreto.

A metódica jurídica possui uma função em termos de *teoria do direito* e de *política*. No que tange ao primeiro aspecto, a metódica jurídica é uma *técnica de imputação*. É uma *técnica de decisão* e de *imputação* que tem como exigência a submissão da *norma de decisão* aos textos de normas jurídicas gerais. Ela visa à formulação e elaboração de regras que permitam a imputação da *norma de decisão* a um texto de norma jurídica geral, que lhe serve de fundamento<sup>255</sup>. Politicamente, a metódica jurídica exerce uma função de despersonalização da decisão. Nos dizeres de Müller, a função política da metódica jurídica consiste:

em deslocar, de maneira bem-sucedida, porque regularmente aceita como plausível, a responsabilidade pela decisão, pela orientação, pela distribuição, pela dominação funcionalmente pessoal no caso individual para instâncias mais distantes, sobretudo a instâncias

---

<sup>252</sup> Müller, Friedrich. *O novo paradigma do direito: introdução à teoria e metódica estruturantes do direito*. p. 290.

<sup>253</sup> Müller, Friedrich. *Discours de la method juridique*. p. 37. Neste sentido, importa destacar que os destinatários da metódica estruturante de Müller não se reduzem aos juízes de direito, mas sim a todos os agentes estatais que concretizam a constituição em casos práticos, seja no âmbito do executivo, legislativo e judiciário. Segundo Müller, "uma metódica do direito constitucional diz respeito a toda a ação constitucionalmente orientada de titulares de funções estatais", já que representa o recurso do Estado constitucional liberal "à "violência constitucional" vazada na forma do direito e conseqüentemente veiculada pela linguagem". Cf. Müller, Friedrich. *Métodos de trabalho do direito constitucional*. pp. 8-9. Em verdade, não só os titulares de funções estatais concretizam a norma jurídica. Segundo Müller, "também os atingidos [Betroffenen] que participam da vida política e da vida da constituição desempenham funções efetivas de concretização da constituição de uma abrangência praticamente não superestimável, ainda que apareçam menos e costumem ser ignorados metodologicamente: por meio da observância da norma, da obediência a ela, de soluções de meio-termo e arranjo no quadro do que ainda é admissível ou defensável no direito constitucional, e assim por diante". Cf. Müller, Friedrich. *Métodos de trabalho do direito constitucional*. p. 51.

<sup>254</sup> Ao erigir a racionalidade e a controlabilidade ótimas como objeto de trabalho, a metódica jurídica não ignora que existem outros métodos de controle das decisões (político, social, público ou não público, informal); apenas entende ser seu dever desenvolver uma metodologia jurídica destinada à prática decisória que deixe para trás os fundamentos do positivismo legalista. Cf. Müller, Friedrich. *Discours de la method juridique*. p. 35.

<sup>255</sup> Müller, Friedrich. *Direito, linguagem, violência: elementos de direito constitucional I*. p. 28.

normatizantes, assim por exemplo para o “legislador” (em parte também para o judiciário da instancia suprema)<sup>256</sup>.

Além de cumprir uma função política e em termos de teoria do direito, e paralelamente a isso, a metódica jurídica possui a função de uma racionalidade *instrumental* e *legitimadora*. No âmbito do Estado de Direito, a metódica jurídica possui uma racionalidade instrumental porque visa a conferir um mínimo de *calculabilidade*, regularidade e transparência à sociedade econômica e comercial burguesa<sup>257</sup>.

De outro lado, exerce uma racionalidade *legitimadora*, porque pretende com a transparência dos processos decisórios ou ao menos das razões da decisão tornar a decisão acessível à crítica<sup>258</sup>. A racionalidade da decisão passa por uma estruturação ordenada da norma de decisão, segundo a orientação dada pelo texto da norma, em passos suficientemente pequenos, que permitam, *a posteriori*, a discutibilidade, controlabilidade e revisibilidade da decisão. Não basta, portanto, a mera imputação da norma de decisão ao texto da norma jurídica geral.

Faz-se necessário um método que não obscureça as verdadeiras razões das decisões e, que, neste sentido, oriente a atuação dos operadores jurídicos. Daí Muller dizer que: “O trabalho jurídico só disporá de um método científico, se ele operar de uma maneira intersubjetivamente controlável e diferenciável segundo os passos parciais reais do seu trabalho; se ele puder universalizar, se ele explicitar e revelar o seu próprio procedimento”<sup>259</sup>.

Por derradeiro, cumprem dois esclarecimentos técnicos a respeito da metódica estruturante. Por primeiro, a metódica jurídica de Müller é construída a partir do exemplo do direito constitucional. Isto não significa que ela não seja útil às diferentes disciplinas jurídicas particulares. As questões fundamentais e os problemas particulares abordados pela metódica estruturante destinam-se a todas as áreas e a todos os domínios onde é realizado o trabalho prático sobre o direito.

Por segundo, deve-se clarificar o significado da expressão “metódica”. O termo *metódica* abrange todos os modos de trabalho necessários para a concretização da norma, isto é, a *hermenêutica*, a *interpretação*, os *métodos de interpretação* [Auslegung] e a *metodologia*

---

<sup>256</sup> Müller, Friedrich. *Direito, linguagem, violência*: elementos de direito constitucional I. p. 28.

<sup>257</sup> Müller, Friedrich. *Direito, linguagem, violência*: elementos de direito constitucional I. p. 28.

<sup>258</sup> Müller, Friedrich. *Direito, linguagem, violência*: elementos de direito constitucional I. p. 28.

<sup>259</sup> Müller, Friedrich. *Direito, linguagem, violência*: elementos de direito constitucional I. p. 28.

[Methodenlehre]<sup>260</sup>. Não se trata, ademais, de um neologismo, posto que expressão albergada pelo léxico pátrio<sup>261</sup>. No sentido empreendido pela metódica estruturante, *hermenêutica* diz respeito à teoria da estrutura da normatividade jurídica e dos pressupostos epistemológicos e de teoria do direito que estão na base da metodologia jurídica, enquanto *metodologia* compreende as regras técnicas de interpretação do texto legal (interpretação gramatical, sistemática, histórica, genética, etc.). Finalmente, a *interpretação* concentra-se com os limites e possibilidades de tratamento do texto da norma.

### 3.2 O contexto de formação da metódica estruturante

#### 3.2.1. A influência do Tribunal Constitucional Federal para a formulação da metódica estruturante do direito

A metódica estruturante de Müller exsurge a partir da análise da jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal da Alemanha e da bibliografia especializada em Direito Constitucional. Isto porque, para Müller, apenas a ciência jurídica e a jurisprudência estão obrigadas “a fornecer constantes e concatenadas representações dos seus processos decisórios”<sup>262</sup>. Partindo deste pressuposto, Müller erige inicialmente a jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal como lugar privilegiado para a busca por concepções e tendências referentes ao método da ciência jurídica.

Segundo Müller, o Tribunal Constitucional Federal alemão, apesar de professar um determinado método decisório, não o segue na prática corrente. Ao analisar a práxis do Tribunal, o autor constata que as decisões judiciais pautam-se segundo a concepção metódica da lógica formal, na qual os fatos são subsumidos à norma. O silogismo é efetuado com a identificação do conteúdo da norma, que, por sua vez, se realiza através dos cânones da interpretação, isto é, da interpretação gramatical, sistemática, genética, histórica e teleológica.

---

<sup>260</sup> Müller, Friedrich. *Métodos de trabalho do direito constitucional*. p. 16.

<sup>261</sup> Peter Naumann, tradutor das obras de Friedrich Müller no Brasil, defende a escolha da expressão metódica em desfavor de “metodologia”. Segundo Naumann: “A solução terminológica aqui proposta visa conferir direito de cidadania ao substantivo “metódica” no discurso científico de língua portuguesa, por ser ele mais pertinente do que a solução usual “metodologia”. Não se deve esquecer que “retórica”, “lógica”, “maiêutica”, “poética” e muitos outros termos são originalmente adjetivos. (...)”. In Müller, Friedrich. *Direito, linguagem, violência: elementos de direito constitucional I*. p. 08.

<sup>262</sup> Müller, Friedrich. *Métodos de trabalho do direito constitucional*. trad. Peter Naumann. 2 ed. São Paulo: Max limonad, 2000. p. 25.

O que se infere da análise da jurisprudência, na ótica de Müller, é que o processo decisório do TCF pauta-se por uma concepção onde o conteúdo da norma jurídica é imanente à prescrição, e a realização do direito reduz-se a um problema meramente cognitivo. A *concretização da norma jurídica restringe-se à interpretação do texto da norma*, que, nos dizeres de Müller, “não é nada mais do que a reelaboração da vontade da norma ou do seu dador”<sup>263</sup>. Remanesce, em termos teóricos, a dúvida se o conteúdo da norma jurídica deve identificar-se com a *vontade subjetiva do legislador* ou com a *vontade objetiva da norma*, isto é, da Constituição.

Programaticamente o TCF decidiu-se em favor da “teoria objetiva”<sup>264</sup>. Nos termos da decisão de 21 de maio de 1952 (BVerfGE 1, 299 [312]), posteriormente reafirmada em seus princípios na decisão de 15 de dezembro de 1959 (BVerfGE 10, 234 [244]), o Tribunal Constitucional declarou que para a interpretação da norma é decisiva a vontade do legislador, nele objetivada e expressa na forma como resulta do texto do dispositivo legal e do contexto, e que a história da elaboração de uma norma só tem relevância para sua interpretação “quando confirma ou elimina dúvidas sobre a exatidão de uma interpretação, surgida depois da

---

<sup>263</sup> Müller, Friedrich. *Métodos de trabalho do direito constitucional*. p. 26.

<sup>264</sup> Confira-se, neste sentido, o trecho da seguinte decisão do Segundo Senado de 17 de maio de 1960 – 2 BvL 11/59, 11/60. Na fundamentação da sentença são discutidos problemas clássicos da interpretação de normas constitucionais, e delineados os princípios “programáticos” do TCF, no que se refere à polêmica entre “objetivistas” e “subjetivistas” : “(...) Alguns autores consideram que o Judiciário atribuiria importância à vontade dos órgãos integrantes do Poder Legislativo, ainda que essa mesma vontade não estivesse expressa na lei. Contudo, tal concepção não é defendida na decisão de 17 de janeiro de 1957. **Ela contradiria também os princípios reconhecidos pelo Tribunal Constitucional Federal sobre finalidade e métodos de interpretação da lei.** Enquanto a teoria “subjetiva” parte da vontade histórica do legislador = autor da lei, dos seus motivos em seu contexto histórico, na teoria “objetiva”, que encontrou reconhecimento cada vez mais forte na jurisprudência e na literatura especializada, o objeto da interpretação é a própria lei, ou seja, a vontade objetivada na lei. “O Estado não fala por meio de opiniões pessoais dos participantes do processo de elaboração da lei, mas somente pela própria lei. A vontade do legislador coincide com a vontade da lei” (*Radbruch*, *Rechtsphilosophie*, 4ª edição, 1950, p. 210 *et seq.*). A esse objetivo de interpretação opera a hermenêutica, com base no texto da norma (interpretação gramatical), no seu contexto (interpretação sistemática), na sua finalidade (interpretação teleológica), nos materiais legais [interpretação genética] e nos antecedentes normativos (interpretação histórica). **Para compreender a vontade objetiva do legislador são permitidos todos esses métodos de interpretação.** Eles não se excluem mutuamente, mas se complementam. Isso vale também para a utilização dos materiais legais, quando esses possibilitem tirar conclusões sobre o conteúdo objetivo da lei. Obviamente, os “debates que precedem a promulgação de uma lei podem ser utilizados para a interpretação desta sempre com um certo cuidado, via de regra apenas como apoio” (RGZ 128, 11). Eles não devem induzir à equiparação das idéias das instâncias legisladoras ao conteúdo objetivo da lei (por exemplo, cf. já RGZ 27, 411, Bayer VerfGH NF Vol. 3 II 1950, p. 15 [124]). A vontade do legislador pode ser considerada na interpretação da lei apenas quando ela foi expressa na própria lei de forma suficientemente definida (cf. p.ex. BGH LM n.º 3 sobre § 133 BGB).” Cf. Schwabe, Jürgen. *Cinqüenta anos de jurisprudência do tribunal constitucional federal alemão*. Trad. Beatriz Hening, Leonardo Martins, Mariana Bigelli de Carvalho, Tereza Maria de Castro, Vivianne Galdes Ferreira. Montevideu: Konrad Adenauer, pp. 131-132. (grifos nossos)

aplicação dos demais métodos hermenêuticos, dúvidas essas que não puderam ser eliminadas por aqueles”<sup>265</sup>.

Müller assinala que com estas determinações programáticas – que privilegiariam o aspecto literal e sistemático da interpretação, em detrimento dos elementos genético e histórico – o TCF “enuncia os princípios de uma seqüência hierárquica racional e em princípio controlável dos critérios individuais de interpretação”<sup>266</sup>.

Na prática corrente o TCF parte do teor literal da prescrição e aponta para o fato de que os aspectos sistemático e teleológico<sup>267</sup> teriam maior peso na tarefa da concretização. Como o teor literal muitas vezes é pouco fecundo para a determinação de sentido, o texto da norma é tratado “cronologicamente como primeira instância entre as alternativas de solução considerandas, e materialmente como limite de alternativas de solução”<sup>268</sup>. O elemento histórico seria utilizado de maneira residual, sendo relevante quando pudesse confirmar, como visto, “a correção da interpretação efetuada segundo os princípios outros ou dirimir dúvidas que não podem ser desfeitas apenas com os recursos metódicos auxiliares restantes”<sup>269</sup>. O TCF privilegiaria, em suma, a identificação do “nexo de sentido da norma com outras prescrições e o objetivo visado pela regulamentação legal na sua totalidade”<sup>270</sup>.

Em que pese o Tribunal Constitucional Federal apresentar programaticamente uma metódica decisória, a sua práxis o contradiz. Müller afirma explicitamente que, “a práxis decisória do Tribunal Constitucional Federal quase não pode ser compreendida com as regras programaticamente professadas por esse tribunal”<sup>271</sup>. A dura crítica de Müller poderia ser considerada meramente retórica, não fossem os muitos exemplos extraídos do TCF que a consubstanciam<sup>272</sup>.

---

<sup>265</sup> Schwabe, Jürgen. *Cinquenta anos de jurisprudência do tribunal constitucional federal alemão*. p. 132.

<sup>266</sup> Müller, Friedrich. *Métodos de trabalho do direito constitucional*. p. 27.

<sup>267</sup> Segundo Müller o Tribunal busca identificar o “nexo de sentido da norma com outras prescrições e o objetivo visado pela regulamentação na sua totalidade”. (BVerfGE 8, p. 274 e 307). Müller, Friedrich. *Métodos de trabalho do direito constitucional*. p. 28.

<sup>268</sup> Müller, Friedrich. *Métodos de trabalho do direito constitucional*. p. 28.

<sup>269</sup> Müller, Friedrich. *Métodos de trabalho do direito constitucional*. p. 27.

<sup>270</sup> Assim e.g., BVerfGE 8, p. 274 e 307. In Müller, Friedrich. *Métodos de trabalho do direito constitucional*. p. 28.

<sup>271</sup> Müller, Friedrich. *Métodos de trabalho do direito constitucional*. p. 28.

<sup>272</sup> Em verdade, Müller não se restringe à jurisprudência do TCF, analisando centenas de decisões, em todos os domínios do direito, desde decisões administrativas, até julgados dos Tribunais e Cortes Supremas.

A primeira crítica de Müller é no sentido de que o TCF não apresenta, em sua prática corrente, indicações das regras de preferência utilizadas quando eventuais resultados contraditórios causados por pontos de vista individuais da interpretação entram em jogo. Müller critica a ausência de uma fundamentação mais detida e de uma reflexão pormenorizada que pudesse consubstanciar o privilégio concedido aos elementos gramatical, sistemático e teleológico. Isto seria, para Müller, indispensável, “no interesse da segurança jurídica, bem como da compreensão do *modus operandi* real da concretização da constituição”<sup>273</sup>. Como se verá no decorrer do trabalho, a questão acerca das regras de preferência entre os elementos de concretização será um dos pontos centrais da metódica estruturante do direito<sup>274</sup>.

Não obstante, Müller constata que o teor literal da prescrição jurídica, outrora elevado a critério limitador e controlador da decisão jurídica, nem sempre é tratado como tal. Decisões *contra-legendam* (e contra o programa metódico auto-instituído do TCF) sucedem-se sempre que o teor literal é ignorado em favor de uma aplicação “com sentido da lei que o transcende”<sup>275</sup>, bem como quando o teor literal é considerado superável, em vista de uma “melhor decisão valorativa da constituição”<sup>276</sup>.

Sempre que o “teor objetivo da lei” não é capaz de apresentar uma resposta satisfatória para a solução do litígio, o TCF usa de subterfúgios discursivos para mascarar o descumprimento do procedimento decisório que autonomamente elevou como regra. Müller exemplifica esta crítica apresentando decisões onde a “vontade objetivada da lei constitucional” cedeu à “vontade subjetiva do constituinte” (e.g. manifestações individuais da assembléia constituinte), pois com os meios tradicionais de interpretação não seria possível fundamentar adequadamente a decisão, de modo a atingir o resultado desejado ou visado<sup>277</sup>.

Müller conclui que as inúmeras incoerências práticas realizadas pelo TCF, em franca oposição ao seu procedimento metódico elevado a regra programática, decorrem fundamentalmente da insuficiência material das regras tradicionais de interpretação, da forma

---

<sup>273</sup> Müller, Friedrich. *Métodos de trabalho do direito constitucional*. pp. 27-28.

<sup>274</sup> E o mais criticado, a ponto de ser denominado por Paulo Bonavides como o “calcanhar de Aquiles” da teoria de Müller.

<sup>275</sup> BverfGE 9, p. 89 e 104; 14, p. 260, 262 e *passim*. Cf. Müller, Friedrich. *Métodos de trabalho do direito constitucional*. p. 29.

<sup>276</sup> BverfGE 8, p. 210 e 221. Cf. Müller, Friedrich. *Métodos de trabalho do direito constitucional*. p. 29.

<sup>277</sup> BverfGE 6, p. 309, *eg.* p. 341 s., 344 ss., 349 e 351. Cf. Müller, Friedrich. *Métodos de trabalho do direito constitucional*. p. 29.

como utilizadas, bem como do próprio conceito de norma jurídica. Para Müller, o esgotamento e a insuficiência das regras tradicionais de interpretação se mostram clarividentes quando o próprio TCF cria métodos auxiliares de concretização prática dos direitos, tais como o princípio da unidade da constituição, o princípio da interpretação da lei conforme a constituição, ou o critério de correção funcional-jurídica da concretização da constituição. Toda esta situação leva Müller a asseverar que:

casos desse tipo mostram na sua totalidade que a autolimitação programática aos tradicionais recursos exegéticos auxiliares é ilusória diante dos problemas da práxis, que os recursos metódicos auxiliares não logram mais cobrir e encobrir, nem mesmo no plano verbal, os procedimentos de concretização exercidos na realidade e que os acontecimentos cotidianamente manuseados da concretização hodierna da constituição dão ensejo ao questionamento da concepção tradicional da norma e da sua “aplicação”<sup>278</sup>.

Soma-se a isso, de forma a demonstrar a insuficiência das regras tradicionais de interpretação e das teorias que opõem rigidamente ser e dever-ser, a enorme gama de decisões cuja fundamentação não foi extraída das normas, **mas da realidade**.

Müller demonstra que há toda uma massa de casos que faz referência, *e.g.*, à “natureza da coisa”, cuja função consiste na “consideração de dados reais da esfera social para o nexó decisório do caso solucionando”<sup>279</sup>. Outrossim, há toda uma sorte de decisões que utilizam sem mediações resultados parciais da Ciência Política, da Economia, da Sociologia, da Estatística, e de outras disciplinas, de forma a contribuir para o nexó de fundamentação que decide o caso.

Para Müller, este estado de coisas não deve levar à condenação dos elementos da realidade, enquanto critérios utilizáveis para a decisão jurídica. Pelo contrário. Como visto no segundo capítulo, a metódica estruturante é pródiga exatamente na consideração de que a concretização não se reduz à interpretação de textos, mas comporta também a inserção dos dados da realidade. Porém, é necessário utilizá-los de forma racional e controlável, como

---

<sup>278</sup> Müller, Friedrich. *Métodos de trabalho do direito constitucional*. p. 33.

<sup>279</sup> Segundo Müller, a natureza da coisa “é utilizada como um clichê polêmico substituível, destituído de função quanto a sua dimensão material. Assim o princípio da igualdade só deverá ser considerado violado se a determinação examinanda tiver de ser denominada como arbitrária, se, portanto, não puder ser encontrar “um argumento razoável, resultante da natureza da coisa ou por outro motivo qualquer materialmente plausível para a diferenciação ou para o tratamento igual perante a lei”. Müller, Friedrich. *Métodos de trabalho do direito constitucional*. p. 32.



parte integrante da norma embasadora da decisão. Daí porque a norma jurídica deva ser considerada uma noção composta ser e dever-ser.

Ralph Christensen sintetiza o avanço da metódica estruturante em relação ao positivismo – e à prática do TCF, por exemplo – que utiliza os dados de realidade de maneira obnubilada, sob o manto de expressões como a “natureza das coisas”:

O positivismo legal que só conseguia introduzir os elementos reais no processo de concretização de forma implícita e não refletida em termos de método deve ser superado por uma inclusão controlada da realidade social, sem que a concretização jurídica regida para alguém do seu padrão técnico alcançado<sup>280</sup>.

Conforme se verá, a tarefa da metódica estruturante de Friedrich Müller constituirá exatamente na formulação de critérios que permitam conferir maior transparência ao processo de construção da norma jurídica geral em cada caso a ser solucionado.

### **3.2.2 A influência dos trabalhos científicos sobre a metódica do direito constitucional para a formulação da metódica estruturante do direito**

Ao analisar o “estado da arte” da metódica do direito constitucional na bibliografia científica, Müller encontra similitudes com o observado na jurisprudência dos tribunais alemães, marco inicial de sua busca por concepções de uma metódica do direito constitucional.

Para Müller, tal qual na jurisprudência, há na bibliografia científica um quadro de voluntarismo motivado ora pela coisa, ora pelo resultado, cujo escopo precípuo não está centrado na fundamentação e documentação dos métodos aplicados. Em verdade, para Müller, a não vinculatividade a um determinado caso concreto, faz com que a metódica proposta pela bibliografia científica se afigure ainda mais indeterminada e múltipla do que aquela observada nos tribunais. Essa indeterminidade e multiplicidade de modos de trabalhos não acarreta necessariamente em má qualidade do conteúdo da argumentação, apenas depõe contra a “transparência da sua gênese, do seu nexos de fundamentação e do seu modo de representação”<sup>281</sup>.

---

<sup>280</sup> Cf. Christensen, Ralph. *Teoria estruturante do direito*. In: Müller, Friedrich. *O novo paradigma do direito: introdução à teoria e metódica estruturantes do direito*. p. 242.

<sup>281</sup> Müller, Friedrich. *Métodos de trabalho do direito constitucional*. p. 38.

Müller constata que ao mesmo tempo em que a bibliografia científica descobre como insuficientes, na prática da concretização, as possibilidades apresentadas pelo positivismo legalista, transcende-as sem a fundamentação que se deveria esperar, isto é, opera num nível de método que não transpõe aquele do positivismo legalista.

A bibliografia científica decreta a insuficiência dos cânones savignyianos para a concretização dos direitos fundamentais e para a concretização da constituição, porém os procedimentos propostos adicional ou substitutivamente não respeitam aos “imperativos de clareza dos métodos jurídicos, próprios do Estado de Direito, e à objetividade jurídica que assegura a medida possível da segurança jurídica”<sup>282</sup>. É por conta destes imperativos que Müller refutará qualquer procedimento metódico que prelecione a desconsideração dos “teores literais de normas constitucionais ou da sistemática do direito constitucional”<sup>283</sup>.

Para o jurista alemão, em que pese desde Paul Laband<sup>284</sup>, em termos de método, uma concepção juspositivista lógico-formal não ser mais representada expressamente na doutrina (excetuando-se Kelsen e seus sucessores), ela não foi substituída por nenhuma concepção metodológica elaborada, razão pela qual continua a repercutir na prática, através da utilização de vários de seus elementos de trabalho (sobretudo a confusão entre norma e texto, e a contraposição absoluta entre ser e dever-ser)<sup>285</sup>. As teorias propostas por autores da segunda geração material da constituição, por exemplo, são consideradas insuficientes por Müller, porque permanecem no campo do positivismo jurídico<sup>286</sup>. Para Müller, os autores aí

---

<sup>282</sup> Müller, Friedrich. *Métodos de trabalho do direito constitucional*. p. 39.

<sup>283</sup> Müller, Friedrich. *Métodos de trabalho do direito constitucional*. p. 39.

<sup>284</sup> Paul Laband (1838- 1918), jurista alemão, especialista em teoria do Estado, professor nas universidades de Königsberg e de Estrasburgo, foi um dos principais teóricos do positivismo e do que se convencionou chamar de “teoria formal da constituição”. A “teoria formal da constituição” remonta a teóricos como Laband e Jellinek e tem em Kelsen o seu último grande expoente. Paulo Bonavides apresenta algumas características da teoria formal da constituição, sobretudo no que se refere à sua concepção de constituição e seu modelo metodológico de resolução de conflitos: “a constituição jurídico-estatal é nomeadamente formalista e fechada, composta de preceitos normativos que fazem coincidir por inteiro o sentido formal com o sentido material de constituição (...) a aplicação do direito é operação lógica, ato de subsunção, e não ato criador ou sequer aperfeiçoador”. Bonavides, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. pp. 148-149.

<sup>285</sup> Müller, Friedrich. *Métodos de trabalho do direito constitucional*. p. 40.

<sup>286</sup> Müller reluta em aceitar a conceituação de sua obra dentro do paradigma da chamada “segunda geração da teoria material da constituição”. Müller, Friedrich. *O novo paradigma do direito: introdução à teoria e metódica estruturantes do direito*. p. 271. Paulo Bonavides diferencia os autores da “teoria formal” e da “teoria material” da constituição: “Os constitucionalistas modernos ou sustentam com Laband, Jellinek e Kelsen uma teoria formal da constituição, abraçados ao positivismo que culminou de último com a Escola de Viena ou se repartem em posições distintas, quais as de Schmitt, Smend, Hsü Dau-Lin, Heller, Schindler, Kägi e Haung. Destes últimos resultou a teoria material da Constituição, conforme flui da Escola de Zurique, já bastante adiantada nas vias de sistematização”. Bonavides, Paulo. *Curso de direito constitucional*. p. 147. É de se fazer constar que após a Segunda Guerra Mundial exsurge a chamada “segunda geração da teoria material da constituição”, que tem como representantes Peter Häberle, Konrad Hesse, Martin Kriele.

inseridos, não rompem verdadeiramente com o positivismo, pois permanecem num horizonte de sentido que partilha a “ilusão de que os textos nas leis, nas constituições, sejam já as normas”<sup>287</sup>.

O positivismo jusconstitucionalista, porém, não se resume à mera aplicação das regras de Savigny. Para além da utilização dos cânones de Savigny, entra em jogo a crença da decisão como uma subsunção estritamente lógica, os métodos de direito constitucional como meras regras técnicas [*Kunstregeln*] da metódica de interpretação de textos, a constituição como um sistema formal, sem lacunas, fruto de um ato de vontade do Estado sob a forma de lei. De outro lado, a norma jurídica é considerada como ordem, como juízo hipotético, como premissa maior formalizada segundo os princípios da lógica formal, como vontade materialmente vazia<sup>288</sup>.

Müller critica duramente aquelas correntes doutrinárias, tal como proposto por Forsthoff, que pretendem um retorno às regras tradicionais da hermenêutica jurídica no sentido de Savigny. Apesar destas correntes acertadamente reivindicarem a preservação da juridicidade dos textos constitucionais, denunciando certa dissolução da lei constitucional decorrente de posturas orientadas segundo teores materiais<sup>289</sup>, elas equivocam-se ao acreditar que este problema possa ser solucionado mediante a subsunção e pela inferência silogística, com ajuda dos cânones *savignyianos*.

Müller julga ser de fundamental importância assegurar a tecnicidade da lei constitucional, mediante um grau de objetividade possível, que seja condizente com a segurança jurídica e a clareza dos métodos próprios de um Estado de Direito<sup>290</sup>. Os problemas da concretização jurídica, porém, não serão superados com um simplificador e duvidosamente operacionalizável retorno à Savigny.

---

<sup>287</sup> Müller, Friedrich. *O novo paradigma do direito: introdução à teoria e metódica estruturantes do direito*. p. 271. Segundo Marcelo Neves a obra de Konrad Hesse permaneceria refém do dualismo ser e dever-ser: “Hesse permanece, em parte, ainda vinculado a esse dualismo, na medida em que, no seu modelo, trata-se apenas da ‘relação da Constituição jurídica com a realidade’”. Cf. Neves, Marcelo. *A constituição simbólica*. p. 76.

<sup>288</sup> Müller, Friedrich. *Métodos de trabalho do direito constitucional*. pp. 40-43.

<sup>289</sup> Tratam-se daquelas correntes contemporâneas do direito constitucional que pretendem transformar categorias como valor, ordem de valores ou sistema de valores em categorias da concretização jurídica. Müller antevê nesta proposição a possibilidade de subversão do Estado de Direito em Estado do Judiciário. Nos dizeres de Müller: Com vistas à ordem de valores suposta por ele, o juiz estaria se assenhorando progressivamente da constituição”. Cf. Müller, Friedrich. *Métodos de trabalho do direito constitucional*. p. 43

<sup>290</sup> Müller, Friedrich. *Métodos de trabalho do direito constitucional*. p. 44.

Primeiramente, porque as regras de interpretação de Savigny não foram formuladas para o Direito Constitucional, mas para o Direito Civil, cujas normas possuem em larga medida uma estrutura diferenciada em relação às normas constitucionais. É deveras questionável que os direitos fundamentais e a maioria das normas constitucionais, dotadas de forte caráter político, possam ser apreendidas de forma puramente técnica, sem que se produzam, portanto, quaisquer fissuras que transcendam a técnica do silogismo<sup>291</sup>. A atividade do juiz não é puramente cognitiva, técnica, voltada para o “descobrimento” de uma solução já contida no enunciado normativo. Ele é a figura central do processo de concretização, pois possui a função de construção da norma jurídica a partir do texto da norma.

Para Müller, as regras exegéticas de Savigny não podem ser consideradas “métodos” universalmente válidos, mas tão somente pontos de vista auxiliares, de fecundidade variável segundo a estrutura das normas jurídicas concretizandas. Assim como o conceito de *ordenamento jurídico*, os cânones de Savigny “não podem ser compreendidos como sistema fechado, coerente e conclusivo, de dados previamente existente, meramente aplicáveis”<sup>292</sup>.

Os cânones de Savigny foram formulados para o Direito Civil e sob a ótica reducionista da realização do direito enquanto mera interpretação de fórmulas lingüísticas (texto da norma). Em sendo assim, a metódica estruturante propõe-se a investigar a serventia dos cânones de Savigny, em vista de uma nova concepção metódica assente na “concretização” do direito, e na concepção de norma jurídica enquanto *noção composta de ser e dever-ser*.

### **3.2.2.1 Breve digressão: A metódica do direito constitucional na bibliografia científica brasileira**

A presente subseção não pretende realizar uma ampla investigação da metódica – sobretudo do direito constitucional – proposta pela bibliografia científica brasileira. Apenas um estudo pormenorizado poderia comprovar qualquer tendência acerca dos métodos propostos. Entretanto, ainda que perfunctoriamente, é de se notar certa coincidência entre a discussão realizada no Brasil – em termos de método e de crítica à insuficiência do positivismo –, com o observado por Müller, na Alemanha.

---

<sup>291</sup> Müller, Friedrich. *Métodos de trabalho do direito constitucional*. p. 44.

<sup>292</sup> Müller, Friedrich. *Métodos de trabalho do direito constitucional*. p. 44.

Há no Brasil uma ampla discussão sobre o “pós-positivismo”, cujo mote é a insuficiência das possibilidades apresentadas pelo positivismo para a interpretação/aplicação do direito (concretização)<sup>293</sup>. Como visto ao longo do primeiro capítulo e também na crítica de Müller, inexistem dúvidas acerca da debilidade de uma concepção metódica lógico-subsuntiva. Ocorre que no Brasil a crítica ao positivismo vem permeada por referências a necessária “busca do justo” no caso concreto, a relação “dialética entre norma e realidade”, sem que, no entanto, sejam apresentados os métodos que permitiriam encontrar, *e.g.*, a propalada “solução justa” em cada caso. Do ponto de vista metodológico, a crítica raramente ultrapassa o nível programático (ou retórico), pois não se propõe (ou mesmo se discute) a estruturação de um modelo metódico suscetível de tornar efetiva ou praticável a intenção<sup>294</sup>.

Na lancinante crítica de Dimitri Dimoulis o pós-positivismo na sua vertente nacional:

Manifesta o desejo do operador do direito de se libertar dos vínculos impostos pelas normas jurídicas vigentes. Recorre-se, para tanto, às mais variadas construções teóricas, referindo-se a fatos sociais, a valores de justiça e equidade, a mudanças sociais e políticas, a formas alternativas de aplicação do direito, a círculos hermenêuticos e a jogos lingüísticos que impossibilitariam a aplicação fiel da norma. E a conclusão é sempre a mesma: “produzir soluções adequadas, sem a necessidade de se recorrer aos limites (*sic*) rigorosos de um texto normativo<sup>295</sup>”.

O *pós-positivismo* à brasileira, que, segundo Dimoulis, intenciona na prática decisória a alforria do operador do direito em relação ao texto das normas jurídicas, não pode ser confundido com o *pós-positivismo* proposto pela *teoria estruturante do direito*. Castanheira Neves, ao dissertar sobre a redução política do pensamento metodológico-jurídico, distingue duas metodologias *pós-positivistas*, segundo a sua relação com a política. Embora o trabalho do jurista português não esteja centrado na pesquisa da bibliografia científica brasileira, é possível estabelecer com ela uma comparação.

---

<sup>293</sup> Sobre o tema, com ampla documentação sobre o pós-positivismo no Brasil, e uma crítica acerca dos métodos propostos, ver: Dimoulis, Dimitri. *Positivismo jurídico: introdução a uma teoria do direito e defesa do pragmatismo jurídico-político*. São Paulo: Método, 2006.

<sup>294</sup> Castanheira Neves, Antonio. *A redução política do pensamento metodológico-jurídico. Digesta: escritos acerca do direito, do pensamento jurídico, de sua metodologia e outros*. p. 402.

<sup>295</sup> Dimoulis, Dimitri. *Positivismo jurídico: introdução a uma teoria do direito e defesa do pragmatismo jurídico-político*. p. 61

Isto porque Castanheira Neves distingue duas orientações pós-positivistas: (i) uma primeira que não se opõe à politização da metódica jurídica, convocando mesmo à sua assunção metodológica. O direito seria convocado a se transformar num normativo e metódico *instrumento* da política, em virtude da realidade político-social. A *teoria crítica do direito* seria um exemplo desta orientação, pois teria como um de seus pontos característicos “uma perspectivação metodológica que orientasse as decisões concretas no sentido de uma justiça emancipadora que não recuaria *inclusive*, nas posições mais radicais, perante uma frontal e aberta preterição da norma legal em nome daquela justiça”<sup>296</sup>; (ii) uma segunda, identificada com a metódica de Müller, que reconheceria a influência da política sobre o direito (tanto no momento da criação legislativa, quanto no momento da concretização judicial), sem que, com isso, restasse prejudicada a autonomia do pensamento metodológico-jurídico<sup>297</sup>.

Neste sentido importa consignar que no pós-positivismo de Müller, a atividade jurídica é uma atividade política guiada por textos de normas. O direito é compreendido como uma forma particular da política, e a metodologia jurídica é em consequência a metodologia das condições e formas de trabalho de um setor determinado de ação e da organização política<sup>298</sup>. Reconhecendo a influência da política no direito, sem que isso cause, contudo, a sua instrumentalização, Müller irá dizer que *o direito é uma versão racional da política, ao passo que a metódica é uma versão racional do direito*<sup>299</sup>.

Castanheira Neves, em longa citação, assinala as características da metódica jurídica (de Müller) que possibilitam tratá-la como pós-positivista, sem que, com isso, se manifeste a redução política do pensamento metodológico-jurídico. Segundo o jurista de Coimbra, a metódica parte do pressuposto de que:

---

<sup>296</sup> Somente esta concepção importaria na redução política do pensamento metodológico-jurídico. Cf. Castanheira Neves, António. *A redução política do pensamento metodológico-jurídico. Digesta: escritos acerca do direito, do pensamento jurídico, de sua metodologia e outros*. p. 398. O prof. português cita Luís Fernando Coelho e João Batista Herkenhoff com representantes de uma radical *teoria crítica do direito*.

<sup>297</sup> Fernando José Bronze também assinala a relação direito/política na obra de Friedrich Müller. Segundo o prof. português: “Para este A., a política sempre está por detrás do direito. Desde a respectiva “posição” à sua eventual “revisão”, passando pela “concretização” que o atua, pelo “controle” que o racionaliza e pela “discussão” que o critica, o direito revela-se sempre uma “forma especial da política”, apresentando “pressupostos, condições, funções e conteúdos”, politicamente determinados”. Cf. Bronze, Fernando José. *A metodonomologia entre a semelhança e a diferença: reflexão problematizante dos pólos da radical matriz analógica do discurso jurídico*. Coimbra: Coimbra Editora, 1994. p. 386.

<sup>298</sup> Müller, Friedrich. *Discours de la méthode juridique*. pp. 48-49

<sup>299</sup> Müller, Friedrich. *Juristische Methodik und Politisches System*, 1976. p. 50, *Apud* Castanheira Neves. *A redução política do pensamento metodológico-jurídico. Digesta: escritos acerca do direito, do pensamento jurídico, de sua metodologia e outros*. p. 395.

Sem infirmar em nada a fundamental dependência política do direito, não se devia, no entanto, deixar de dar metódica realização ao princípio do Estado de Direito ou à exigência essencial de *garantia* que o direito nele deverá instituir. E em dois sentidos, exigindo que as decisões jurídicas concretas correspondam ao direito vigente e que elas sejam proferidas segundo um processo previamente ordenado. Para tanto, e como principal “contra-meio” (*Gegenmittel*) a opor à total contingente politização das decisões jurídicas – outro “contra-meio” seria a própria “explicação” e crítica científica daquela geral dependência –, se convocaria a “metódica jurídica”, criticamente reelaborada, para ser, como contrapolo do direito enquanto expressão racional da política, a “expressão racional do direito”. Isso através da definição metódica de um esquema do decidir jurídico e das suas regras em concreto, esquema e regras que permitissem a revisibilidade, a discutibilidade e a regularidade desse decidir, e assim a sua consensual racionalidade. Metódica que, centrando-se no reconhecimento da vinculação jurídica do texto legal – o texto como quadro de possibilidades e limite – e determinando os elementos cientificamente controlados da *concretização* das normas jurídico-legais, desempenharia a função de um padrão crítico e de controle (uma “norma” ou dever-ser, um *SollZustand*) a opor ao real e descrito decidir jurídico, no seu *Ist-Zustand*, e retirando assim a este a sua impune “efetividade” ou tornando-o disfuncional perante o sistema global. Deste modo, se “o direito é também instrumento de domínio”, a sua realização racionalmente metódica seria simultaneamente um “instrumento da limitação do domínio”<sup>300</sup>.

Feita a necessária contraposição e esclarecidos os distintos “pós-positivismos”, importa dizer, com Müller, que a superação do positivismo em termos de método não é um fim legítimo em si mesmo<sup>301</sup>. Apesar da teoria (e da metódica) estruturante refutar alguns dos pressupostos do positivismo<sup>302</sup>, isto não acarreta o abandono das conquistas e exigências do próprio positivismo.

Há de se perguntar, por fim, a quem interessa, na realidade brasileira, o *pós-positivismo* na sua vertente *anti-positivista*? Será que a flexibilização da prática jurídico-decisória constitui um avanço? É de se duvidar que num país consagrado pela manipulação

---

<sup>300</sup> Castanheira Neves. *A redução política do pensamento metodológico-jurídico. Digesta*: escritos acerca do direito, do pensamento jurídico, de sua metodologia e outros. pp.397-398.

<sup>301</sup> Müller, Friedrich. *O novo paradigma do direito*: introdução à teoria e metódica estruturantes do direito. p. 119. Na lição do autor: “Os objetivos de cientificar na medida do possível a ciência jurídica e de elaborar uma dogmática racional não merecem ser esquecidos em benefício de exigências menores no tocante à racionalidade e à honestidade em questões de método. A ‘superação’ do positivismo não é de modo nenhum um fim legítimo em si mesmo”. Cf. Müller, Friedrich. *O novo paradigma do direito*: introdução à teoria e metódica estruturantes do direito. p. 119.

<sup>302</sup> Tal como a identidade entre norma e texto de norma, e a possibilidade de um raciocínio jurídico lógico-subsuntivo.

casuística das normas jurídicas e das práticas judiciais, e com sérias dificuldades para a concretização dos direitos fundamentais, esta postura teórica contribua para a afirmação do Estado Democrático de Direito.

### 3.3. Elementos da concretização da norma

Construída a partir do exemplo do Direito Constitucional, a metódica estruturante preocupa-se em desenvolver meios de um trabalho controlável de decisão e fundamentação<sup>303</sup>. O passo decisivo para esse objetivo é dado com a especificação dos elementos que concorrem para a concretização da norma jurídica, e a subsequente eleição de critérios de prioridade para regular os eventuais conflitos entre esses elementos. Müller busca dar ao trabalho jurídico um método científico que possa universalizar, explicitar e revelar o seu próprio procedimento<sup>304</sup>. Concomitantemente, intenta suprir a lacuna deixada pelo TCF, que em sua prática corrente, como visto, se abstém de uma análise aprofundada acerca dos elementos de concretização, bem como das regras de preferência utilizadas para a resolução de eventuais resultados contraditórios causados por pontos de vista individuais da interpretação.

A metódica estruturante distingue os seguintes elementos de concretização da norma jurídica: (i) *elementos metodológicos em sentido estrito* (interpretações gramatical, sistemática, genética, histórica e teleológica; bem como os modernos princípios de interpretação da constituição); (ii) *elementos do âmbito da norma* (que podem ou não ser gerados pelo direito); (iii) *elementos dogmáticos* (doutrina e jurisprudência); (iv) *elementos de teoria* (e.g., Teorias do Estado e da Constituição); (v) *elementos de técnica de solução de casos*; (vi) *elementos de política do direito e política constitucional*<sup>305</sup>.

A divisão dos elementos de concretização não é realizada a esmo. Müller subdivide os elementos de concretização em dois grandes grupos, classificando-os conforme a sua função para a concretização e de acordo com a sua referibilidade aos textos.

Assim, fazem parte do primeiro grupo todos aqueles elementos diretamente relacionados à interpretação dos textos das normas. Estão abrangidos os elementos metodológicos em sentido estrito e os modernos princípios de interpretação da constituição

---

<sup>303</sup> A metódica estruturante não se restringe ao direito constitucional (apesar de construída a partir do seu exemplo), eis que fornece os equipamentos básicos necessários às diversas condições do trabalho legal.

<sup>304</sup> Müller, Friedrich. *Direito, linguagem, violência: elementos de uma teoria constitucional* I. pp. 26-28.

<sup>305</sup> Müller, Friedrich. *Métodos de trabalho do direito constitucional*. p. 111.



(como o princípio da interpretação conforme a constituição, o princípio da correção funcional, etc.).

O segundo grupo abarca os elementos de análise do âmbito da norma. Como o processo de concretização não se resume aos textos das normas, mas engloba conjunta e reciprocamente a análise mediada dos elementos da realidade, o segundo grupo refere-se aos dados reais (secundariamente lingüísticos), isto é, os “teores materiais que resultam da *análise do âmbito da norma* da prescrição implementanda e da análise dos *elementos do conjunto de fatos* destacados como relevantes no processo de concretização, por via de detalhamentos recíprocos”<sup>306</sup>.

Por fim, formando um grupo “marginalizado”, estão os elementos dogmáticos, de técnica de solução, de política constitucional e de teoria, que também integram o processo de concretização, desempenhando uma função suplementar. A especificidade da função auxiliar desenvolvida por estes elementos será analisada no seu devido momento.

### 3.3.1. Elementos metodológicos *strictiore sensu*

Os elementos metodológicos em sentido estrito identificam-se aos tradicionais cânones da interpretação. Desde já é preciso ressaltar que no âmbito da bibliografia científica, não há unanimidade em relação ao número dos cânones de interpretação<sup>307</sup>. Conforme reiteradamente dito ao longo da exposição, Savigny distinguiu, no séc. XIX, os elementos gramatical, lógico, histórico e sistemático. Há autores, porém, que defendem outras classificações<sup>308</sup>. **Para os fins da metódica estruturante, Müller restringiu os cânones aos elementos de interpretação gramatical, sistemática, histórica, genética e teleológica.** Todas essas regras serão abordadas em detalhes a seguir.

Antes, porém, de analisarem-se os elementos de concretização em sentido estrito, convém esclarecer algumas das polêmicas acerca dos cânones de interpretação, que ainda repercutem no Brasil.

---

<sup>306</sup> Müller, Friedrich. *Métodos de trabalho do direito constitucional*. p. 71.

<sup>307</sup> Alexy, Robert. *Teoria da argumentação jurídica: a teoria do discurso racional como teoria da justificação jurídica*. p. 35.

<sup>308</sup> Vide: Larenz, Karl. *Metodologia da ciência do direito*. pp. 385-419; Na bibliografia nacional: Dimoulis, Dimitri. *Manual de Introdução ao estudo do direito*. São Paulo: RT, 2003. pp. 159-163.

É um erro bastante comum denominar os elementos clássicos de interpretação desenvolvidos por Savigny, para o Direito Civil, como “métodos de interpretação”. Como se sabe, Savigny criou elementos de interpretação, quais sejam: gramatical, lógico, sistemático e histórico. Savigny não fala de métodos de interpretação, mas sim de elementos de interpretação<sup>309</sup>.

Por segundo, há também a discussão sobre uma possível hierarquia entre eles. Savigny, por exemplo, refuta uma ordem de preferência entre os cânones. Igualmente Karl Larenz repele qualquer relação hierárquica fixa, no sentido de que o peso dos critérios particulares seja estabelecido a priori, e de uma vez por todas<sup>310</sup>. Outros autores, no entanto, almejam estabelecer uma gradação entre os cânones.

Por terceiro, remanesce a questão da serventia dos cânones de interpretação formulados por Savigny. É corrente na doutrina brasileira a condenação dos elementos metodológicos formulados por Savigny no século XIX, sob o argumento de que estes estão ultrapassados e/ou foram formulados para o Direito Civil (o que é verdade), devendo-se utilizar para a interpretação da constituição, métodos e princípios *exclusivamente constitucionais*<sup>311</sup>.

Adiantando o que será visto a seguir, importa deixar assentado que, na contramão da doutrina brasileira, Müller não refuta a utilidade dos cânones de interpretação, mas deixa claro que estes devem ser tratados como “meros elementos”. Ademais, caracteriza os princípios exclusivamente constitucionais – em larga medida – como sub-casos dos cânones de interpretação, com funções e possibilidades de uso limitadas.

### 3.3.1.1 A interpretação gramatical

A interpretação gramatical determina-se segundo os diferentes *tipos de normas* constitucionais em jogo. Enquanto a interpretação gramatical do art. 18, § 1º, da Constituição Federal – que estabelece Brasília como a Capital Federal –, não oferece, em tese, maiores

---

<sup>309</sup> “Savigny esclarece com a denominação “elementos” que os aspectos de método não constituem “espécies da interpretação [Auslegung]” separáveis umas das outras, mas momentos de um processo unitário de interpretação, e que a sua relação somente pode ser determinada com vistas à estrutura material do caso jurídico individual”. Müller, Friedrich. *Métodos de trabalho do direito constitucional*. p. 69.

<sup>310</sup> Larenz, Karl. *Metodologia da ciência do direito*. p. 417.

<sup>311</sup> Sobre o tema, ver especialmente: *Interpretação constitucional*. Silva, Virgílio Afonso da (org.). São Paulo: Malheiros, 2005. pp. 115-145.

dificuldades de concretização, bastando-se por si mesma para a concretização da norma, o mesmo não se poderá dizer do direito fundamental insculpido no art. 5º, inciso X<sup>312</sup>, onde o elemento gramatical traz pouca luz para a concretização da norma jurídica.

Como bem demonstra o exemplo acima aludido, o que irá diferenciar uma maior ou menor dificuldade de concretização, não é a vagueza ou a ambigüidade do texto, **mas a diferença estrutural entre as normas jurídicas**. Ao preocupar-se com a *estrutura da norma*, Müller desloca o debate da dificuldade de concretização das normas constitucionais da lingüística (gramática) para a *teoria da norma jurídica*. A dificuldade de concretização pode ser dimensionada (amainada ou reforçada) pela própria pré-compreensão jurídica do operador do direito, que é capaz de identificar e diferenciar os âmbitos de norma formados pelo próprio direito daqueles âmbitos de norma não formados pelo direito.

Reportando-se aos artigos da Lei Fundamental de Bonn, Müller irá dizer que:

Em termos de linguagem e “gramática”, eles não são formulados mais clara ou univocamente do que *e.g.* os textos de normas de prescrições referentes a direitos fundamentais ou competências. A diferença quanto à sua concretização (unicamente) com os meios da interpretação gramatical localizam-se na *diferença estrutural das normas jurídicas*. Não é uma diferença lingüística (“gramatical”) dos textos das normas, mas a eficácia da pré-compreensão (jurídica) que demonstra que o texto da norma do art. 4º al. 1 da Lei Fundamental possa afigurar-se ao jurista “menos claro”, “mais amplo” ou “mais indeterminado do que o texto da norma do art. 52 al. 1 da Lei Fundamental. Diante do pano de fundo da sua pré-compreensão não-jurídica, ambos os enunciados talvez se afigurem ao não-jurista igualmente “claros” ou “não-claros” em termos de conteúdo. Já no quadro da sua pré-compreensão materialmente informada orientada dos problemas jurídicos e das normas, o jurista compara os âmbitos das normas das prescrições em pauta, dos quais ele conhece as linhas mestras ou os pormenores, com os seus textos. Já por ocasião dessa operação raciocinante previamente efetuada e muitas vezes não

---

<sup>312</sup> Pautando-se na realidade da constituição alemã, Müller apresenta como exemplo os artigos 20, 22 e 27 da Lei Fundamental de Bonn. Enquanto o artigo 20 seria um exemplo de artigo que traz consigo maiores dificuldades de concretização, dada a estrutura da norma, os demais atestariam a possibilidade de suficiência da interpretação gramatical, sobretudo quando o *âmbito da norma* é formado pelo próprio direito, ou naqueles casos de artigos que tratam da parte organizacional. Os artigos a seguir transcritos demonstram a diferença de estrutura das normas: **Art. 20** (1). A República Federal da Alemanha é um Estado federal democrático e social. (2). Todo poder do Estado emana do povo. O povo o exercerá por meio de eleições e outras votações e por intermédio de órgãos específicos dos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário. (3). O Poder Legislativo deverá se sujeitar à ordem constitucional, aos Poderes Executivo e Judiciário, à lei e ao direito. (4). Todos os Alemães terão o direito de se insurgir contra quem tentar subverter essa ordem, quando não lhes restar outro recurso. **Art. 22** A Bandeira Nacional terá as cores preto, vermelho e amarelo-ouro. **Art. 27**. Todos os navios mercantes alemães constituem uma frota mercante única.

explícita, ele constata diferenças consideráveis entre as estruturas das normas<sup>313</sup>.

Como visto anteriormente, a “determinabilidade” das normas constitucionais diz respeito antes à estrutura da norma, em especial à diferença dos âmbitos das normas, do que a qualidade das formulações lingüísticas. Feitas estas constatações, Müller irá concluir que o sucesso da interpretação gramatical depende, em primeiro lugar, da estrutura da norma. Normas constitucionais relativas à parte organizacional quase sempre oferecem menores dificuldades de concretização do que aquelas relativas aos direitos fundamentais, como atesta o exemplo que contrapõe os artigos da Constituição Federal 18, § 1º, e 5º, inciso X<sup>314</sup>.

Por fim, cumpre esclarecer que a interpretação gramatical opera num duplo aspecto, como método e como *fator limitador da concretização*. Para Müller, “o teor literal demarca as fronteiras extremas das possíveis variantes de sentido, i.é, funcionalmente defensáveis e constitucionalmente admissíveis. (...) Decisões que passam claramente por cima [überspielen] do teor literal da constituição não são admissíveis”<sup>315</sup>.

### 3.3.1.2 Elementos históricos, genéticos, sistemáticos e teleológicos

Assim como Savigny, Müller professa a interdependência dos elementos de concretização, quais sejam: os elementos históricos, genéticos, sistemáticos e teleológicos. Para Müller, todos estes elementos relacionam-se diretamente com o elemento gramatical, e este com aqueles, pois, com exceção do elemento teleológico, lidam com a interpretação de textos.

Na esteira do TCF, Müller diferencia a interpretação histórica da interpretação genética<sup>316</sup>. A interpretação histórica lida prioritariamente com regulamentações anteriores, fazendo o confronto das disposições vigentes com outras anteriores paralelas ou análogas, ao passo que a interpretação genética tem por objeto os materiais legislativos ou trabalhos

---

<sup>313</sup> Müller, Friedrich. *Métodos de trabalho do direito constitucional*. pp. 73-74. Os artigos citados por Müller são: **art. 4º (1)** A liberdade de crença, de consciência e a liberdade de confissão religiosa são invioláveis. **Art. 52 (1)** O Conselho Federal elege o seu Presidente por um ano.

<sup>314</sup> Müller, Friedrich. *Métodos de trabalho do direito constitucional*. p. 73.

<sup>315</sup> Müller, Friedrich. *Métodos de trabalho do direito constitucional*. p. 75.

<sup>316</sup> A denominada interpretação genética sempre esteve ligada à interpretação histórica. A interpretação genética sempre foi considerada apenas outro fator da exegese, mero desdobramento da interpretação histórica, convivendo ambos os elementos sob a mesma denominação geral (interpretação histórica). A confusão entre o elemento histórico e o elemento genético pode ser confirmada no capítulo “Elemento Histórico”, da obra *Hermenêutica e aplicação do direito*, de Carlos Maximiliano. Vide: Maximiliano, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito*. 15ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995. p. 137-147.

preparatórios, debates, anteprojetos, exposições de motivos, etc., ou seja, todos aqueles textos que deram origem ao texto da norma interpretanda. O traço em comum entre o elemento histórico e genético é que ambos lidam com *textos não-normativos*. Explique-se: tanto a interpretação histórica quanto a interpretação genética fornecem pontos de vista que não derivam do direito vigente<sup>317</sup>.

Para Müller, a interpretação histórica e a interpretação genética, ambas referidas a textos não-normativos, podem ser consideradas modos procedimentais acessórios à interpretação gramatical, pois “podem ajudar a precisar em termos de conteúdo as possíveis variantes de sentido no espaço de ação demarcado pelo teor literal”<sup>318</sup>.

O elemento teleológico possui para Müller uma especificidade não documentável em outros autores. Se por um lado o elemento teleológico é autônomo no que se refere aos cânones e demais elementos de concretização para além dos cânones<sup>319</sup>, não é autônomo no sentido de poder ser utilizado sem uma qualquer “documentabilidade”.

A autonomia em relação aos cânones se perfaz na possibilidade da pergunta pelo “sentido e finalidade” da norma possuir um sentido indagativo autônomo em relação aos elementos gramaticais, históricos, genéticos e sistemáticos. Entretanto, a resposta obtida a partir da pergunta pelo “sentido e finalidade” não poderá prescindir da “ajuda” dos outros elementos de interpretação. Ao fim e ao cabo o elemento teleológico depende de uma documentabilidade que só pode ser fornecida por outro elemento de interpretação<sup>320</sup>. Se é possível pensar numa imagem que reflita a condição do elemento teleológico, pode-se ver uma circularidade que parte da *autonomia* (pergunta pelo sentido e finalidade da norma) e deságua na *dependência* (documentabilidade) em relação aos cânones.

Sempre tendo como pano de fundo concepções metódicas que utilizam os dados reais de forma implícita ou não refletida, Müller critica a utilização do elemento teleológico (como forma de encobrir decisões materiais) sob o manto de expressões retóricas, tais como:

---

<sup>317</sup> Sempre fiel ao pressuposto de que os elementos de interpretação atuam coordenada e reciprocamente, Müller irá dizer que a interpretação histórica e a interpretação genética são subcasos da interpretação sistemática. Apesar dos pontos de vista trazidos pela interpretação histórica e genética não derivarem de prescrições do direito vigente, são contextualizáveis sistematicamente. Cf. Müller, Friedrich. *Métodos de trabalho de direito constitucional*. p. 79.

<sup>318</sup> Müller, Friedrich. *Métodos de trabalho de direito constitucional*. p. 77.

<sup>319</sup> Princípios de interpretação constitucional, elementos dogmáticos, elementos de teoria, elementos de solução e elementos de política constitucional.

“conforme ao fim”, “praticabilidade”, “natureza das coisas”, “essência do instituto jurídico”, “a consideração de dados sociais e políticos”, etc. A crítica de Muller ao elemento teleológico é interessante, quando constatado que o TCF (e outras escolas do pensamento jurídico, como visto no primeiro capítulo) o considera um elemento objetivo e privilegiado, sem ao menos estabelecer critérios coordenados de utilização.

A questão da documentabilidade do elemento teleológico é reiteradamente repisada, pois a busca pela finalidade da lei não pode ser realizada sem limites e sem critérios. No âmbito da metódica estruturante é inadmissível uma fundamentação “auto-referente” acerca da *finalidade e dos objetivos* da lei, realizada sem qualquer tipo de comprovação empírica. Nos dizeres do Professor de Heidelberg:

(...) pontos de vista de “sentido e finalidade” da prescrição interpretanda só podem ser aduzidos à medida da sua documentabilidade com a ajuda dos outros elementos. A suposição de uma “ratio” que não pode ser comprovada sob nenhum outro aspecto da concretização desqualifica-se enquanto “valoração” ou “ponderação” subjetiva *deslocada da norma*<sup>321</sup>.

A interpretação teleológica corretamente realizada e documentada se perfaz invariavelmente na combinação de um ou de vários elementos de concretização, com o que se comprova que os elementos de concretização não podem ser isolados como métodos autônomos, mas devem ser trabalhados reciprocamente.

Por fim, cabe ressaltar o elemento sistemático. Este possui importância ímpar para a concretização da norma constitucional, já que, nos dizeres do próprio Müller, “nenhuma norma representa apenas a si mesma, mas ao menos se relaciona com todo o ordenamento jurídico”<sup>322</sup>. A interpretação do direito não pode ser realizada isoladamente. Na metáfora de Eros Roberto Grau: “não se interpreta o direito em tiras, aos pedaços”<sup>323</sup>.

A interpretação sistemática não se reduz a mera comparação de textos normativos. Se a norma jurídica é formada pelo *programa da norma* e pelo *âmbito da norma*, para além da análise textual deve ser realizada uma análise dos âmbitos de normas das prescrições

---

<sup>320</sup> Sejam aqueles elementos ligados aos textos de normas (interpretação gramatical e sistemática), sejam aqueles ligados aos textos de não-normas (interpretação histórica e genética).

<sup>321</sup> Müller, Friedrich. *Métodos de trabalho do direito constitucional*. p. 79.

<sup>322</sup> Müller, Friedrich. *Métodos de trabalho do direito constitucional*. p. 80.

<sup>323</sup> Grau, Eros Roberto. *Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito*. p. 132.

sistematicamente interligadas<sup>324</sup>. A concretização sistemática “abrange, ao lado do contexto dos teores literais argumentativamente expostos, ao mesmo tempo o contexto das estruturas materiais dos âmbitos de regulamentação”<sup>325</sup>. Ao tempo que complica e dificulta o procedimento sistemático, a análise dos âmbitos normativos das prescrições interligadas constitui uma obrigação inerente à teoria estruturante do direito, que advoga a necessária pesquisa pela estrutura da norma, de forma a viabilizar o processo de concretização.

### 3.3.2 Princípios da interpretação da constituição

Os princípios da interpretação da constituição são considerados por Müller majoritariamente como subcasos das regras tradicionais acima enumeradas. Müller considera como pontos de vista autônomos apenas – e com reservas - o *imperativo da interpretação conforme a constituição*, e o *critério de aferição da correção funcional*. Isto porque o constitucionalista alemão rejeita um “sistema de direitos fundamentais” fechado e coerente, bem como uma “ordem de valores” de direitos fundamentais.

Todos os outros princípios da interpretação constitucional, quais sejam: *praticabilidade*, *interpretação a partir do nexo da história das idéias* [*geist geschichtlicher Zusammenhang*], *critério de aferição do efeito integrante*, *princípio da unidade da constituição*, *quadro global de direito pré-constitucional*, *nexo de normas de direitos fundamentais e de normas de competência*, *concordância prática*, e *a força normativa da constituição*; são considerados subcasos de regras tradicionais da interpretação<sup>326</sup>.

### 3.3.3 Elementos da concretização a partir do âmbito do caso e do âmbito da norma

Como visto anteriormente, os dados reais compõem a *norma jurídica*, a *norma de decisão*. A metódica estruturante do direito refuta a *concretização* como mera exegese de fórmulas lingüísticas. A norma jurídica apresenta-se, pois, como um processo estruturado que comporta a interpretação dos dados lingüísticos (programa da norma) e do conjunto de dados reais conformes o programa da norma (âmbito da norma). Trata-se, portanto, de perquirir quais são os elementos da concretização a partir do âmbito da norma e do âmbito do caso e de que forma estes dados reais ingressam no trabalho de concretização.

---

<sup>324</sup> Müller, Friedrich. *Métodos de trabalho do direito constitucional*. p. 78.

<sup>325</sup> Müller, Friedrich. *Métodos de trabalho de direito constitucional*. p. 78.

<sup>326</sup> Müller, Friedrich. *Métodos de trabalho do direito constitucional*. pp. 81-88.

A metódica estruturante não oferece um regramento indefectível, pronto e acabado, para a seleção dos dados reais que ingressam no processo de concretização<sup>327</sup>. E nem poderia. A *valoração* é um elemento ineliminável do processo decisório. Ela será responsável pela seleção e ordenação dos critérios materiais que irão compor a estrutura do âmbito normativo. Como visto no segundo capítulo, cabe ao operador jurídico a responsabilidade pela seleção e introdução dos elementos reais, sob o fio condutor do programa da norma.

Em comparação com as concepções metódicas anteriores se ganha, ao menos, em honestidade metódica. Enquanto o positivismo só conseguia introduzir os elementos reais no processo de concretização de forma implícita e não refletida em termos de método, a metódica estruturante reconhece os dados reais e busca uma sua inserção controlável<sup>328</sup>.

Na análise do âmbito da norma ingressam dados advindos da sociologia, da ciência política, da economia e de outros ramos das ciências sociais porventura exigidos pelo âmbito da norma da prescrição concretizanda. A necessária relação interdisciplinar entre a ciência do direito e outros ramos do saber impinge ao jurista, por sua vez, uma ampla e adequada formação. Neste sentido, Müller expressa profunda preocupação com o ensino e a formação jurídica<sup>329</sup>. A cooperação prática da ciência do direito com as ciências sociais exige um preparo teórico diferenciado, que supere a mera retórica da necessária “integração” entre as disciplinas<sup>330</sup>. Nos dizeres de Müller “a exigência da política universitária de um treinamento em disciplinas básicas, que entrevê no horizonte distante uma formação de juristas que mereça esse nome, bem como o desejo da cooperação interdisciplinar são irrecusáveis”<sup>331</sup>.

### 3.3.4 Elementos dogmáticos

Na prática corrente os juristas, sempre que se deparam com alguma dificuldade, realizam um trabalho de comparação do teor literal da prescrição aplicanda (e, segundo

---

<sup>327</sup> No mesmo sentido: Santos, Rodrigo Mioto dos. *Método, racionalidade e legitimidade da decisão judicial: uma análise a partir da teoria estruturante de Friedrich Müller*. p. 81.

<sup>328</sup> Christensen, Ralph. *Teoria estruturante do direito*. In: Müller, Friedrich. *O novo paradigma do direito: introdução à teoria e metódica estruturantes do direito*. p. 242.

<sup>329</sup> Preocupação que certamente é pertinente à realidade brasileira, sobretudo após o “boom” de faculdades privadas de direito ocorrido no início dos anos noventa do século passado. Não é por outra razão que se fale hoje em “(de)formação jurídica” e “(de)formação profissional”. Vide: Rodrigues, Horácio Wanderlei. *Ensino jurídico e direito alternativo*. São Paulo: Ed. Acadêmica, 1993.

<sup>330</sup> Müller, Friedrich. *Métodos de trabalho do direito constitucional*. p. 90.

<sup>331</sup> Müller, Friedrich. *Métodos de trabalho do direito constitucional*. p. 90.



Müller, de forma irrefletida ao lado do teor material do seu âmbito de norma) com textos de outras normas e com textos dogmáticos, isto é, livros, monografias, enunciados da jurisprudência, etc<sup>332</sup>.

Estes elementos dogmáticos, por estarem estruturados linguisticamente são obviamente acessíveis à interpretação e dela carecem, podendo ser utilizados, para a sua análise, os mesmos recursos disponíveis ao trato dos textos de normas jurídicas. Neste sentido, e não se pode duvidar, a interpretação gramatical é evidentemente obrigatória para a interpretação da dogmática. Igualmente, o estudo de decisões jurisprudenciais necessita do auxílio da interpretação genética e histórica, e a busca de distintas opiniões doutrinárias e jurisprudenciais acerca do mesmo tema evidencia a necessidade da interpretação sistemática<sup>333</sup>.

Müller ressalta, porém, que a interpretação processada perante estas fontes do conhecimento jurídico se refere a textos não-normativos, a textos de não-normas [Nicht-Normen]. *Esta particularidade deve ser ressaltada, porque determina a não vinculatividade destes argumentos para a formação da norma de decisão.* Apesar de influírem decisivamente na solução dos casos jurídicos, os conteúdos dogmáticos não possuem obrigatoriedade, isto é, não vinculam o intérprete autêntico. Os elementos dogmáticos devem ser utilizados em convergência com os elementos diretamente referidos aos textos de normas, aos elementos de interpretação em sentido estrito. A sua relativização decorre de estarem mais afastados dos teores normativos. Nos dizeres de Müller: “enunciados dogmáticos da práxis e ciência expressam quase sempre a opinião dos seus autores acerca de determinadas normas”<sup>334</sup>.

### 3.3.5 Elementos de técnica de solução

Os elementos de técnica de solução provêm de manuais de orientação [Leitfäden], e se destinam a oferecer um modo de estruturação e de argumentação do texto da decisão que pareça mais útil conforme a respectiva função<sup>335</sup>.

---

<sup>332</sup> Müller, Friedrich. *Métodos de trabalho do direito constitucional*. p. 91.

<sup>333</sup> Müller, Friedrich. *Métodos de trabalho do direito constitucional*. p. 91.

<sup>334</sup> Müller, Friedrich. *Métodos de trabalho do direito constitucional*. p. 92.

<sup>335</sup> Müller, Friedrich. *Métodos de trabalho do direito constitucional*. p. 93. Segundo Ulrich Schroth: “(...) os elementos de resolução técnica guiam a concretização da norma ao apresentarem propostas quanto à tática a seguir para se chegar a uma solução do caso previamente aceite”. Cf. Schroth, Ulrich. *Hermenêutica filosófica e jurídica*. In: Kaufmann, Arthur; Hassemer, Winfried. *Introdução à filosofia do direito e à teoria do direito contemporâneas*. p. 396.

Segundo Müller:

“A eles pertencem os lineamentos fundamentais dos procedimentos com os quais se pretende formular e examinar as hipóteses gradualmente precisandas ou corrigendas sobre a norma, com os quais se pretende procurar pelo caminho da *inventio* “tópica” pontos de vista para soluções orientados segundo problemas e com os quais se pretende encontrar a espécie de estruturação e argumentação no texto da decisão que parece mais útil segundo a respectiva função”<sup>336</sup>.

Estes compêndios fornecem instruções e conselhos técnicos que se revelam estratégicos para assegurar o sucesso da resolução dos casos, contando com a aprovação dos juristas, ao fornecer um tipo de apresentação e de estruturação dos argumentos conformes à prática jurídica. Müller adverte que os manuais apresentam propostas e técnicas de solução de casos, e como pontos de vista devem funcionar como fatores auxiliares. Em hipótese alguma elementos de técnica de solução podem conduzir a resultados que violem expressamente o texto da norma.

### 3.3.6 Elementos de teoria

A utilização de elementos de teoria na prática corrente é óbvia quando se constata, por exemplo, que o TCF se utiliza de argumentos que invocam uma “ordem de valores” dos direitos fundamentais.

A utilização de posições da Teoria do Estado ou da Teoria Constitucional na interpretação somente é admissível se compatíveis *com* e defensáveis argumentativamente *pelos* textos das normas implementandas. Müller julga inadmissível querer superar textos de normas através da invocação de teorias do Estado ou da Constituição, como se estas fossem independentes da normatização do direito constitucional vigente. A concretização deve ser orientada segundo o texto das normas, razão pela qual os elementos de teoria somente podem produzir efeitos restritos.

Para além disso, é indubitável que elementos de teoria influenciam decisivamente a pré-compreensão do intérprete. Expressa ou não expressamente a margem de ação hermenêutica e metódica que começa a atuar num determinado caso individual depende, *e. g.*, da concepção de Estado e da Constituição do operador jurídico. Partindo-se de uma concepção democrática e republicana, tal como se processa na *metódica estruturante*, a

margem de ação hermenêutica e metódica será dada pelo texto da norma. O mesmo não se pode dizer de outras teorias que expressa ou não expressamente, partindo de outras concepções do Estado e/ou da Constituição, defendem a possibilidade de supressão do texto da norma.

Reportando-se às diferentes teorias, no que tange ao método, Müller preleciona que elas devem responder a duas questões fundamentais: quanto espaço deixam para argumentos indiferenciadamente ideológicos, e até que ponto exigem, admitem ou impedem uma fundamentação do processo de concretização que seja independente delas mesmas e em vez delas se oriente segundo as normas?<sup>337</sup>

Müller critica teorias tão distintas quanto o *sociologismo*, o *normologismo* e o *decisionismo* por possuírem um equivocado conceito de norma jurídica e da sua função e, por consequência, por não apreenderem a peculiaridade da ciência do direito enquanto ciência normativa *sui generis*<sup>338</sup>. Todas estas correntes têm, segundo o jurista alemão, a sua aproveitabilidade para a práxis do direito afetada. Na crítica de Müller, “o sociologismo descarta demais do programa da norma, que tem valor próprio; o normologismo descarta demais do âmbito da norma, que igualmente tem valor próprio. O decisionismo faz desaparecer ambos na existencialidade acachapante da decisão soberana”<sup>339</sup>.

Efetivamente, *sociologismo*, *normologismo* e *decisionismo* permanecem no campo do positivismo jurídico e da separação das grandezas “ser” e “dever-ser”. A compreensão da norma e da normatividade destas correntes termina por afetar não só a(s) metodologia(s) proposta(s) para a práxis jurídica (claramente reducionista), como também do próprio processo de concretização.

### 3.3.7 Elementos de política constitucional

Por fim, Müller apresenta o elemento de política constitucional. Os argumentos provenientes deste elemento se desdobram num duplo aspecto: por primeiro, buscam ponderar as consequências das decisões a serem formuladas, fornecendo pontos de vista que ajudam a compreender e implementar, na prática, as normas constitucionais; por segundo, ajudam a

---

<sup>336</sup> Müller, Friedrich. *Métodos de trabalho do direito constitucional*. p. 93.

<sup>337</sup> Müller, Friedrich. *Métodos de trabalho do direito constitucional*. p. 95.

<sup>338</sup> Müller, Friedrich. *O novo paradigma do direito: introdução à teoria e metódica estruturantes do direito*. p. 32.

perquirir o âmbito de normas de outras prescrições e áreas da constituição não diretamente participantes do caso, perguntando acerca da adequação à finalidade das prescrições formuladas pelo legislador. Em suma: “o estilo de raciocínio da política constitucional refere-se à ponderação das consequências, à consideração valorativa de conteúdos”<sup>340</sup>.

O sopesamento das consequências de determinadas variantes de solução dos casos jurídicos é um dado da realidade da prática constitucional que não pode ser ignorado. De fato, no processo de fundamentação da decisão é comum a utilização de argumentos que mencionam as possíveis consequências da decisão. Como já foi visto, o Direito Constitucional depende da política em grau elevado. Efetivamente, as normas constitucionais são políticas quanto à sua origem, quanto ao seu objeto e também a aplicação produz resultados (políticos), que não podem ser ignorados.<sup>341</sup>

Todavia, a concretização da constituição é uma tarefa jurídica e não política. Se o direito é uma versão racional da política, a metódica é uma versão racional do direito. A utilização na prática corrente de argumentos de política constitucional deve ser realizada de maneira auxiliar, respeitando o caráter vinculante do direito constitucional. Argumentos de política constitucional não podem ser utilizados em descompasso com as exigências de racionalidade e objetividade próprias do Estado de Direito, e tampouco podem sobrepor-se voluntaristicamente ao *texto das normas* constitucionais.

O oportunismo que se serve do “pluralismo de métodos” para a utilização em grau hierárquico privilegiado de argumentos de política constitucional encontra na hierarquia dos elementos de concretização proposta por Müller uma importante barreira.

### 3.4 A Hierarquia dos Elementos de Concretização

Como visto a metódica jurídica objetiva estruturar o processo de produção de normas. No seu contributo à racionalização do trabalho jurídico, a metódica estruturante objetiva identificar, avaliar, classificar e organizar por critérios de preferência os elementos de concretização. Ao contrário de Kelsen, que abandona a concretização do direito ao puro arbítrio do intérprete (limitado pela moldura), Müller busca estabelecer um processo seguro e

---

<sup>339</sup> Müller, Friedrich. *Métodos de trabalho do direito constitucional*. p. 96.

<sup>340</sup> Müller, Friedrich. *Métodos de trabalho do direito constitucional*. p. 97.

<sup>341</sup> Barroso, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora*. p. 110.

comprovável, apresentando determinados critérios em que o intérprete se possa guiar. Entre estes critérios está a hierarquia dos elementos de concretização, que será vista a seguir.

Apesar de estruturar e organizar os elementos de concretização por critérios de preferência, a metódica estruturante não visa à obtenção de verdades, de respostas únicas. Reconhecendo a impossibilidade de obtenção de uma racionalidade plena, busca a racionalidade possível para o direito. Nos dizeres de Olivier Jouanjan, a metódica estruturante “se contenta em exigir a *racionalidade maximal* e *honestidade metódica optimal* no processo de concretização”<sup>342</sup>. Não por acaso, o próprio Müller enuncia que:

A metódica deve poder decompor os processos da elaboração da decisão e da fundamentação expositiva em passos de raciocínio suficientemente pequenos para abrir o caminho ao *feedback* [Rückkopplung] controlador por parte dos destinatários da norma, dos afetados por ela, dos titulares de funções estatais (tribunais revisores, jurisdição constitucional etc.) e da ciência jurídica<sup>343</sup>.

Müller identifica e divide os elementos de concretização em dois grandes grupos: (i) o primeiro é composto pelos *elementos diretamente relacionados aos textos de normas*; (ii) ao passo que o segundo é formado pelos *elementos não diretamente relacionados aos textos de normas*.

Do primeiro grupo fazem parte os elementos metodológicos *strictiore sensu*, isto é, interpretações gramatical, histórica, genética, sistemática e, - com as restrições antevistas - teleológica, além dos imperativos da interpretação em conformidade com a constituição e a da correção funcional. Também fazem parte do grupo composto pelos *elementos diretamente relacionados aos textos de normas* os elementos do âmbito da norma, por ocasião da concretização, e aqueles elementos dogmáticos parcialmente referidos ao texto da norma. O segundo grupo, que exerce função auxiliar no processo de concretização, compõe-se de: elementos dogmáticos, elementos de política constitucional e elementos de técnica de solução.

### 3.4.1 Conflitos entre os elementos da concretização

Antes tudo, convém deixar assentado o que a metódica estruturante entende como conflito entre os elementos da concretização. Para Müller: “só se pode falar de conflitos entre os elementos individuais da concretização onde aparece uma oposição frontal entre aspectos fecundos no caso individual”<sup>344</sup>. Trata-se, portanto, de deixar claro que inexistente conflito, e.g., quando o elemento histórico deixa duas possibilidades em aberto, das quais somente uma é compatível com a interpretação gramatical<sup>345</sup>.

Feito este esclarecimento inicial, passar-se-á à exposição da caracterização e solução das situações conflitivas entre os elementos individuais da concretização.

#### 3.4.1.1 Conflito entre elementos não diretamente referidos a normas

Não há, em verdade, conflito entre os elementos não diretamente referidos a normas. Trata-se, assim, de um falso conflito, aquele que contrapõe, de um lado, elementos de política constitucional, de técnica de solução, de teoria, e de outro lado, elementos dogmáticos não referidos a textos de normas. Isto porque inexistente regra de preferência entre tais elementos.

Apesar de não haver ordem de preferência entre os elementos não diretamente referidos a normas, Müller afirma que, no caso concreto, eles podem ser hierarquizados conforme a solução possa ser “compatibilizada ‘melhor’, ‘mais corretamente’, ‘mais plausivelmente’, ‘mais univocamente’ ou ‘mais conforme a finalidade’ **com os resultados parciais dos elementos referidos à norma ou com a função limitadora dos textos das normas**”<sup>346</sup>. *Trata-se aqui de um processo subjetivo de valoração dos elementos, que não pode ser eliminado.* Em não havendo hierarquia pré-definida entre esses elementos, cabe ao intérprete, com senso de responsabilidade, providenciar a necessária gradação no caso concreto, segundo os resultados parciais e as diretivas fornecidas pelos elementos diretamente referidos às normas.

<sup>342</sup> Jouanjan, Olivier. *De Hans Kelsen a Friedrich Müller - Método jurídico sob o paradigma pós-positivista*. In: Müller, Friedrich. *O novo paradigma do direito: introdução à teoria e metódica estruturantes do direito*. p. 262.

<sup>343</sup> Müller, Friedrich. *Métodos de trabalho do direito constitucional*. p. 53.

<sup>344</sup> Müller, Friedrich. *Métodos de trabalho do direito constitucional*. p. 99.

<sup>345</sup> Müller, Friedrich. *Métodos de trabalho do direito constitucional*. p. 99.

<sup>346</sup> Müller, Friedrich. *Métodos de trabalho do direito constitucional*. p. 100.

A respeito da racionalidade no campo da metódica jurídica, Müller honestamente assinala que: “A necessidade da racionalidade mais ampla possível da aplicação do direito segue da impossibilidade da sua racionalidade integral; admitir esta última significaria ignorar o *caráter de decisão* e de valoração do direito”<sup>347</sup>.

O reconhecimento da impossibilidade da racionalidade integral e a necessidade da racionalidade e objetividade possível impõem à tentativa de contenção das decisões judiciais fundamentadas unicamente em elementos não diretamente referidos a normas. Estes elementos realizam um trabalho *meramente auxiliar*, pois sempre devem ser compatibilizados, no processo de concretização, com aqueles elementos diretamente referidos ao texto da norma.

Para além dessa primeira preocupação com a racionalidade da decisão, que impinge ao intérprete a utilização dos elementos não diretamente referidos a normas *conjunta e auxiliarmemente* com aqueles elementos referidos às normas, surge uma segunda. A utilização dos recursos metódicos sem orientação direta segundo a norma também deve ser realizada levando em consideração os imperativos de clareza próprios do Estado de Direito, isto é, em passos de raciocínio suficientemente pequenos, de modo racionalmente controlável<sup>348</sup>. Se a valoração é um elemento intrínseco à decisão, Müller deixa claro que decisões valorantes devem ser caracterizadas como tais<sup>349</sup>.

#### **3.4.1.2 Conflito entre os elementos não diretamente referidos a normas e os elementos diretamente referidos a normas**

Em caso de conflito/contradição entre os elementos não diretamente referidos a normas e os elementos diretamente referidos a normas, estes se sobrepõem àqueles. Para Müller, esta regra de preferência é normativa. Müller utiliza como referente para a criação das regras de preferência a Lei Fundamental de Bonn e a casuística do direito constitucional alemão. As regras vinculantes de preferência derivam de imperativos do direito constitucional positivo, de regras que estão contidas na Constituição alemã.

O artigo 20, alínea 3, da Constituição alemã, fornece exemplo bastante das regras que formam o que Müller denomina “imperativos do Estado de Direito”. Dispõe o referido

---

<sup>347</sup> Müller, Friedrich. *Métodos de trabalho do direito constitucional*. p. 66.

<sup>348</sup> Müller, Friedrich. *Métodos de trabalho do direito constitucional*. p. 100.

dispositivo normativo: “Art. 20. (3). **O poder legislativo está subordinado à ordem constitucional; os poderes executivo e judicial obedecem à lei e ao direito**”. Partindo do inarredável pressuposto de que o exercício de qualquer função estatal (seja no âmbito do executivo, legislativo ou judiciário), é pautado pela constituição e pelo direito, Müller irá derivar a consequência da prevalência dos elementos diretamente ligados aos textos de normas.

Apesar de Müller defender a prevalência dos elementos referidos a normas, em caso de conflito, com base na experiência e na legislação alemã, sua metódica é amplamente adequada à realidade constitucional brasileira, já que a vinculação à Constituição é uma obrigação que atinge a todos os poderes.

Especificamente no caso do Poder Judiciário, deve-se fazer menção ao princípio da legalidade insculpido no art. 5º da Constituição Federal, além do art. 93, inciso IX, que afirma expressamente que: “todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade”. Em nível infraconstitucional, o artigo 35, inciso I, da Lei Orgânica da Magistratura, afirma que: “Art. 35 - São deveres do magistrado: Cumprir e fazer cumprir, com independência, serenidade e exatidão, as *disposições legais* e os atos de ofício”. Dispositivos processuais, seja no âmbito civil (art. 126 do Código de Processo Civil), seja no âmbito penal, também dispõem sobre a necessidade de submissão do magistrado à lei. Daí que se possa sustentar o caráter normativo das regras de preferência também no ordenamento jurídico brasileiro.

#### **3.4.1.3 Conflito entre os elementos de concretização diretamente referidos a normas**

Müller elenca quatro possibilidades de conflito entre os elementos de concretização diretamente referidos a normas. São eles:

(i) **elementos dogmáticos referidos a normas vs. elementos metodológicos em sentido estrito e do âmbito da norma**: Em caso de conflito entre os aspectos acima referidos, os segundos têm preferência. Como a norma jurídica e a norma de decisão são sempre construídas a partir do impulso de um caso concreto, os elementos metodológicos em sentido estrito e do âmbito da norma poderiam comprovar que “as normas de decisão anteriormente elaboradas pela prática e pela ciência e transmitidas pelos enunciados

---

<sup>349</sup> Müller, Friedrich. *Métodos de trabalho do direito constitucional*. p. 104.



dogmáticos aduzidos não dizem respeito à norma de decisão *concretizanda* a partir da mesma norma jurídica com vistas ao caso pendente”<sup>350</sup>.

Conforme reiteradamente exposto ao longo do presente trabalho, Müller refuta (i) a possibilidade dos textos de normas possuírem um sentido imanente, bem como a (ii) possibilidade da solução dos problemas jurídicos realizar-se através da subsunção. Como o texto da norma jurídica é indeterminado, e em cada caso de aplicação surge apenas como hipótese que pode ou não ser pertinente ao caso concreto, privilegia-se o intérprete (e a *atualidade* da sua ligação contextual com o texto da norma) em detrimento da dogmática jurídica, cujo objeto (parcial) de trabalho são **antigas** normas de decisão. Em síntese, os elementos metodológicos e do âmbito da norma teriam o condão de refutar, com vistas ao caso concreto, construções dogmáticas referentes ao mesmo texto de norma, sob o argumento de que estas não são concernentes.

**(ii) elementos do âmbito da norma vs. elementos metodológicos *strictiore sensu*:** Em caso de conflito entre elementos do âmbito da norma e elementos metodológicos em sentido estrito, estes prevalecem sobre aqueles. Para chegar a este resultado, Müller diferencia um sentido *positivo* e um sentido *negativo* para a determinação do conteúdo da norma de decisão. De um ponto de vista positivo, a estrutura da norma é formada pelo “programa normativo” e pelo “âmbito normativo” com grau hierárquico igual.

Entretanto, numa perspectiva negativa tendente a delimitar os resultados possíveis do processo de concretização - e de formação da norma de decisão -, os elementos de interpretação em sentido estrito e diretamente referidos aos textos das normas, quais sejam: a interpretação gramatical e sistemática<sup>351</sup>, prevalecem aos elementos do âmbito na norma, por razões inerentes ao Estado de Direito. Isto porque, como visto no segundo capítulo, o programa da norma dirige e limita todo o processo de concretização.

**(iii) elementos metodológicos *strictiore sensu* (elementos de interpretação) entre si:**

---

<sup>350</sup> Müller, Friedrich. *Métodos de trabalho do direito constitucional*. p. 101.

<sup>351</sup> Como visto anteriormente, os elementos metodológicos em sentido estrito compõe-se da: interpretação gramatical, interpretação sistemática, interpretação histórica, interpretação genética e interpretação teleológica. Estes elementos se referem em parte aos textos das prescrições jurídicas vigentes (interpretação gramatical, interpretação sistemática), e em parte aos textos de não-normas.

O terceiro tipo de conflito que pode surgir durante o processo de concretização é aquele no qual conflitam elementos metodológicos em sentido estrito entre si (gramatical, sistemático, histórico, genético e teleológico). Neste caso, têm preferência os elementos que se relacionam diretamente com textos de normas, *in casu*, o elemento gramatical e o elemento sistemático.

Müller reiteradamente insiste que a prevalência dos elementos diretamente relacionados aos textos de normas é consequência de imperativos do Estado de Direito. As regras de preferência derivam do próprio ordenamento constitucional positivo, de regras que expressa ou veladamente estão contidas na Lei Fundamental de Bonn<sup>352</sup>. Nas palavras do professor alemão:

O primado segue dos imperativos – inerentes ao Estado de Direito – da inviolabilidade da constituição, da vinculação à lei e ao direito, da rigidez do direito constitucional no sentido da clareza do seu texto de normas, além disso dos imperativos da clareza das normas e da determinidade do suporte fático, da clareza dos métodos, da segurança jurídica e da delimitação constitucionalmente normatizada das funções<sup>353</sup>.

Como visto anteriormente, a divisão dos elementos metodológicos em sentido estrito: (i) relacionados aos textos das prescrições jurídicas vigentes, e; (ii) relacionados aos textos de não-normas, **repercute diretamente na hierarquização dos elementos de preferência em caso de conflito**. Em caso de contradição, a interpretação gramatical e a interpretação sistemática sempre prevalecem. Os elementos restantes do processo de concretização possuem o mesmo grau hierárquico. Não há gradações de posição entre os elementos genético, histórico e teleológico.

---

<sup>352</sup> Müller cita os seguintes dispositivos constitucionais: artigo 19, al. 1, frase 2; art. 79, al. 1, frase 1; art. 80, al. 1, frase 2. **Art. 19.** (1) Na medida em que, segundo esta Lei Fundamental, um direito fundamental pode ser restringido por lei ou com base numa lei, essa lei tem de ser genérica e não limitada a um caso particular. *Além disso a lei terá de citar o direito fundamental em questão, indicando o artigo correspondente.* **Art. 79.** (1) A lei fundamental só pode ser alterada por uma lei que expressamente complete ou modifique seu texto. No caso de tratados internacionais relativos à regulamentação da paz, à preparação de uma regulamentação da paz, ou à extinção de uma ordem jurídica criada pela ocupação, ou que sejam destinados a servir à defesa da República Federal da Alemanha, será suficiente, para deixar esclarecido que as disposições da Lei Fundamental não se opõem à conclusão ou à entrada em vigor de tais tratados, incluir no texto da Lei Fundamental uma complementação que se limite a esclarecimento. **Art. 80.** (1) O Governo Federal, um Ministro Federal ou os governos dos estados podem ser autorizados por lei a promulgarem decretos. *Para tal a lei deve determinar conteúdo, objetivo e extensão da autorização outorgada.* O fundamento jurídico tem de ser precisado nesses decretos. Quando a lei prevê que um poder pode ser subdelegado, a subdelegação desse poder carece de um decreto.

<sup>353</sup> Müller, Friedrich. *Métodos de trabalho do direito constitucional*. p. 102.

Müller oferece um exemplo sugestivo e elucidador para defender a prevalência dos elementos relacionados aos textos das prescrições jurídicas vigentes. Num determinado caso concreto, onde houvesse contradição entre o elemento gramatical e o elemento genético, e a decisão levasse em conta o material legislativo em desfavor do teor literal da prescrição, a decisão seria tomada a partir de um texto não-normativo contra o texto da norma jurídica. Para Müller, essa decisão seria inadmissível, pois confrontaria “formulações lingüísticas de dois estágios diferentes da história dos efeitos produzidos [Wirkungsgeschichte] pela mesma prescrição: do estágio ainda não vinculante da história da sua origem e do estágio da sua vigência, agora vinculante”<sup>354</sup>.

A divisão efetuada por Müller entre os elementos metodológicos *strictiore sensu* (i) relacionados aos textos das prescrições jurídicas vigentes, e; (ii) relacionados aos textos de não-normas, também serve como ponto de partida para a crítica às chamadas *teorias subjetiva* e *objetiva* da interpretação.

Em linhas gerais, a *teoria objetiva* professa que em caso de contradição dos resultados parciais entre os elementos metodológicos em sentido estrito, a interpretação genética deveria ceder não só em face da interpretação gramatical e sistemática, mas também perante a interpretação histórica e teleológica.

Entretanto, a partir das regras estabelecidas por Müller, que levam em consideração a ligação dos elementos em sentido estrito com (i) textos de normas ou (ii) textos de não-normas, não há nada que permita dizer que os elementos histórico e teleológico sejam “mais objetivos” que o genético. Todos estes elementos referem-se à textos de não-normas, motivo pelo qual uma gradação hierárquica somente realizar-se-á no caso concreto, a partir da *valoração* do operador jurídico.

A adesão à metódica estruturante necessariamente acarreta a desconsideração do vetusto debate entre “objetivistas” e “subjetivistas”. Nos dizeres de Müller:

O entendimento da doutrina dominante de que as interpretações gramatical, sistemática, teleológica e histórica teriam como objeto e resultado a “vontade objetivada” da própria norma, mas de que o aspecto genético a partir dos materiais legais teria como objeto e

---

<sup>354</sup> Müller, Friedrich. *Métodos de trabalho do direito constitucional*. p. 103.

resultado apenas a “vontade subjetiva” do dador da norma, não pode ser sustentado conforme as regras aqui elaboradas<sup>355</sup>.

(iii.i) **elemento gramatical vs. elemento sistemático:**

Por fim, temos a possibilidade de conflito entre os elementos diretamente referidos aos textos de normas. Ao explicitar o modo de solução de um possível conflito entre o elemento gramatical e o elemento sistemático, Müller novamente faz uso da diferenciação entre *determinação positiva e negativa* do conteúdo da norma de decisão.

No que se refere à determinação negativa, isto é, aquela destinada a limitar as possibilidades “de decisão na margem de atuação dos resultados parciais concretizados”, Müller afirma que o aspecto gramatical prepondera em relação ao aspecto sistemático. Em caso de contradição entre o texto da norma pertinente A, e as textos das normas não-pertinentes X,Y,Z... (sistematicamente agrupadas e aduzidas), o texto da norma exerce uma função limitadora, em razão dos princípios do Estado de Direito.

Já no que tange à *determinação positiva* do conteúdo da norma de decisão, a contradição deve ser dissolvida levando em consideração os outros elementos envolvidos no processo de concretização. **Para tanto, as decisões valorantes a respeito de uma ou outra posição não devem ser obscurecidas ou obnubiladas, mas afirmadas enquanto tais.** De toda forma, Müller deixa claro que sempre que o aspecto sistemático não possa ser comprovado de forma cogente, deve ceder ao aspecto gramatical. Segundo Müller, dada a dificuldade, no direito constitucional, de comprovação cogente do nexos sistemático, “o aspecto gramatical tem preferência no resultado para a massa principal dos casos de direito constitucional”<sup>356</sup>.

### **3.5 O uso dos elementos de concretização na jurisprudência do STF: análise da decisão do Agravo Regimental na Reclamação n.º 3034-2**

A presente subseção não pretende apresentar uma concepção global sobre o modo de utilização dos elementos de concretização na prática do Supremo Tribunal Federal. Apenas um longo e duradouro estudo de casos, com metodologia bem definida, poderia lograr êxito na consecução deste fim. O objetivo primário da presente exposição é tentar contextualizar a

---

<sup>355</sup> Müller, Friedrich. *Métodos de trabalho do direito constitucional*. p. 103.

<sup>356</sup> Müller, Friedrich. *Métodos de trabalho do direito constitucional*. p. 105.

hierarquia dos elementos (e os próprios elementos) da metódica estruturante, sob o fio condutor de um caso prático, tentando desencastelar a metódica de Müller do abstracionismo da mera exposição teórica. Apenas secundariamente far-se-á uma crítica da jurisprudência selecionada, sob a ótica da metódica estruturante<sup>357</sup>.

Dada a vocação da metódica estruturante para o trato de questões concretamente apresentadas, pretende-se, a partir da análise da jurisprudência selecionada do Supremo Tribunal Federal, aprofundar o estudo numa perspectiva crítica, apta a desconstruir a decisão proferida, buscando-se identificar: (i) quais elementos foram utilizados para a fundamentação da decisão e, (ii) de que forma eles foram hierarquizados (ainda que implicitamente e/ou sem reflexão).

Convém algumas explicações a respeito do procedimento para a eleição dos julgados a serem analisados. A idéia central girou em torno da procura por demandas judiciais que envolvessem discussão em termos de método, onde a literalidade das normas constitucionais fosse colocada à prova. Após vários órgãos da imprensa noticiarem em meados de 2006 a decisão do STF no Agravo Regimental na Reclamação n.º 3.034-2, resolveu-se que a pesquisa analisaria decisões que envolvessem a deferimento do seqüestro de valores do Estado, em razão de grave doença de credor de precatório.

A pesquisa no banco de dados de jurisprudência do *site* do Supremo Tribunal Federal foi realizada em 20 de janeiro de 2009 com as seguintes palavras-chave digitadas no campo de busca: “precatório”, “seqüestro”, “doença”. Com as expressões que serviram para a busca, apenas 1 (um) processo foi identificado, qual seja: o próprio Agravo Regimental na Reclamação n.º 3.034-2.

Tendo em vista: (i) que o objetivo prioritário não é desenvolver um estudo de casos, mas demonstrar, sob o fio condutor de um caso prático, a hierarquia dos elementos de concretização da metódica estruturante da maneira mais transparente possível; (ii) que a inédita decisão do STF (e por enquanto única) abre precedente para que milhões de credores de precatórios em situações excepcionais (*e.g.* grave doença) proponham ações judiciais

---

<sup>357</sup> O presente subitem é solidário à crítica de Virgílio Afonso da Silva a respeito dos trabalhos científicos sobre interpretação constitucional no Brasil; não são mais possíveis estudos que se reduzam à mera catalogação de distintos métodos em longas e aborrecidas exposições teóricas; há a necessidade da demonstração da aplicabilidade dos métodos jurídicos. Sobre o tema ver: *Interpretação constitucional e sincretismo*

contra a União, Estados e Municípios; **optou-se por manter a decisão no Agravo Regimental na Reclamação n.º 3.034-2 como objeto de análise do estudo.** Conforme se verá, o caso versava sobre os limites e possibilidades de concretização do artigo 100, § 2º, da Constituição Federal, *in verbis*:

**Art. 100.** À exceção dos créditos de natureza alimentícia, os pagamentos devidos pela Fazenda Federal, Estadual ou Municipal, em virtude de sentença judiciária, far-se-ão exclusivamente na ordem cronológica de apresentação dos precatórios e à conta dos créditos respectivos, proibida a designação de casos ou de pessoas nas dotações orçamentárias e nos créditos adicionais abertos para este fim.

"§ 2º As dotações orçamentárias e os créditos abertos serão consignados diretamente ao Poder Judiciário, cabendo ao Presidente do Tribunal que proferir a decisão exequenda determinar o pagamento segundo as possibilidades do depósito, e autorizar, a requerimento do credor, *e exclusivamente para o caso de preterimento de seu direito de precedência, o seqüestro da quantia necessária à satisfação do débito.* (**Redação dada pela Emenda Constitucional nº 30, de 13/09/00**)

Eis os fatos que cercam o caso do Agravo Regimental na Reclamação n.º 3.034-2, cujo relator foi o Ministro Sepúlveda Pertence. A Sra. Maria de Jesus Bezerra Cabral, *portadora de doença grave e incurável* (neoplasia maligna) e *credora de precatório*, ajuizou ação ordinária de cobrança em face do Estado da Paraíba. O Tribunal de Justiça paraibano deferiu o pedido e determinou o seqüestro de verbas do Estado para a quitação do precatório.

Insatisfeito com o resultado da demanda, o Estado da Paraíba protocolizou Reclamação, com pedido liminar, na qual afirmava que o Presidente do Tribunal de Justiça do Estado da Paraíba, ao determinar o seqüestro no valor de R\$ 356.940,13 (*trezentos e cinquenta e seis mil, novecentos e quarenta reais e treze centavos*) desrespeitou a decisão do Supremo Tribunal no julgamento da Adin n.º 1.662, quando se teria decidido que a “única modalidade de seqüestro constitucionalmente admitida é aquela prevista no § 2º do art. 100 da CF – *preterimento de direito de preferência do credor*”.

O Ministro Nelson Jobim deferiu o pedido de liminar para suspender os efeitos da decisão reclamada, até o julgamento final. Ato contínuo, a Reclamação teve o seguimento negado pelo Ministro Sepúlveda Pertence, porque o ato reclamado não guardaria identidade

com o ato normativo impugnado na Adin n.º 1.662, o que impediria o conhecimento do caso concreto pela via da Reclamação.

Assim, foi protocolizado o Agravo Regimental, com pedido de efeito suspensivo, no qual o Estado da Paraíba, em suma, alegou que a identidade fática entre o caso sob exame e o paradigma apontado na Reclamação “não há de ser absoluta, bastando a mera proximidade da matéria”. O Ministério Público, na pessoa do então Procurador-Geral Cláudio Fonteles, opinou pelo não provimento do agravo.

Em 21.09.2006 o plenário do Supremo Tribunal Federal negou provimento, por unanimidade, ao recurso de Agravo Regimental na Reclamação n.º 3034-2, nos termos do voto do relator Ministro Sepúlveda Pertence. O Ministro Eros Roberto Grau, após pedir vista do processo em 27.10.2005 e renová-lo em 30.11.2005, apresentou voto-vista. Serão analisados, pois, os votos dos Ministros supramencionados.

**(i) O voto do Rel. Ministro Sepúlveda Pertence:** O Ministro Sepúlveda Pertence fundamenta o seu voto de forma técnica. Em verdade, o Ministro **transcreve integralmente o parecer do Ministério Público**. O único trecho efetivamente redigido pelo Ministro é o seguinte:

“Incensurável o parecer do Ministério Público, cujos fundamentos adoto como razão de decidir, nego provimento ao agravo regimental: é o meu voto”.

O voto do Ministro Sepúlveda Pertence se resume a julgar se a decisão do TJ-PB ofende ou não a autoridade das decisões do STF, no cotejo com a Adin n.º 1662, cuja sentença tem efeitos *erga omnes*. O voto do Ministro Relator não discute diretamente a questão que se coloca aqui, isto é, a possibilidade de seqüestro em decorrência de situações não contempladas no texto constitucional e tampouco na legislação infraconstitucional (e.g., doença grave e incurável).

O Ministro nega provimento ao Agravo Regimental, pois entende que as circunstâncias do caso concreto distanciam-se daquelas desenhadas no quadro da Adin n.º 1.662. Não existiria “*a necessária identidade material entre o fundo do direito impugnado e a interpretação consagrada por esta Excelsa Corte nos autos da Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 1662*”. Apesar da Adin n.º 1662 questionar a constitucionalidade da Instrução Normativa n.º 11/97, aprovada pela Resolução n.º 67/97, do Tribunal Superior do

Trabalho, fato é que a interpretação consagrada pelo STF foi aquela no sentido de que, com relação aos precatórios originários de débitos alimentares e a outros não incluídos no preceito transitório [art. 78, do ADCT], a única hipótese de seqüestro constitucionalmente admissível continuaria sendo a pertinente à quebra da precedência.

Parafraseando João Maurício Adeodato, pode-se perceber aqui o conceito básico de “concretização” em Müller, quando se observa que o sentido da norma não está fixado de modo objetivo no texto e depende fundamentalmente do resultado da “interpretação”<sup>358</sup>. Conforme se infere do artigo 102, inciso I, alínea “I”, da Constituição Federal e do artigo 13, da Lei n.º 8.038/90<sup>359</sup>, a Reclamação só é admissível em duas hipóteses: “para preservação da esfera de competência da Corte” e “para garantir a autoridade das suas decisões”.

Ocorre que o significado das expressões “preservar a competência do Tribunal” e “garantir a autoridade das suas decisões” **não está dado no texto legal e depende da concretização**. Esclarece-se aqui a principal tese da teoria estruturante: o texto da norma não se confunde com a norma jurídica; a norma jurídica é “construída” no processo de concretização. A Constituição Federal e o texto da Lei n.º 8.038/90 não estabelecem claramente os pressupostos para o conhecimento de Reclamação ajuizada com o fim de preservar a autoridade de acórdão proferido no julgamento de Adin. O artigo 13 da Lei n.º 8.038/90 não pode ser simplesmente subsumido. A representação mental do positivismo jurídico não pode oferecer uma solução satisfatória para o problema. Não se pode tirar do texto legal a exigência da *necessária identidade material entre o fundo do direito impugnado e a interpretação consagrada no STF*.

O reconhecimento destes fatores fortalece a crítica de Müller no sentido da necessidade de uma metódica constitucional que garanta um mínimo de racionalidade e controlabilidade das decisões. Há que se perguntar se por detrás da decisão “eminente técnica” do Ministro Sepúlveda Pertence, não se ocultam fatores de poder e elementos de política constitucional, tendentes a refrear o número de ações que chegam ao Supremo Tribunal Federal.

---

<sup>358</sup> Adeodato, João Maurício. *Ética e retórica: para uma teoria da dogmática jurídica*. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 231.

<sup>359</sup> **Art. 13.** Para preservar a competência do Tribunal ou garantir a autoridade das suas decisões, caberá reclamação da parte interessada ou do Ministério Público. Parágrafo único. A reclamação, dirigida ao Presidente do Tribunal, instruída com prova documental, será autuada e distribuída ao relator da causa principal, sempre



(ii) **O voto-vista do Ministro Eros Roberto Grau:** O voto do Ministro Eros Roberto Grau permite outra análise crítica a partir da metódica estruturante. Isto porque, diferentemente do voto do Min. Relator, não se detém sobre a questão da admissibilidade da Reclamação, mas sim sobre a possibilidade de seqüestro de valores diante de uma situação de excepcionalidade (confessadamente não contemplada pelo texto constitucional).

O Ministro Eros Roberto Grau inicia o voto-vista chamando a atenção para o fato de o seqüestro ter sido deferido pelo Tribunal de Justiça do Estado da Paraíba, *em razão da doença grave e incurável da credora, e não em virtude de quebra da ordem cronológica de pagamentos*. Após apresentar as três situações nas quais entende admissível o seqüestro<sup>360</sup>, bem como deixar assentado que o Supremo, de modo uniforme, o entende cabível unicamente se houver preterimento ao direito de preferência, *conclui que o caso em epígrafe não se amolda a nenhuma destas circunstâncias*.

O Ministro Eros Grau afirma que “*para ser coerente, haveria de votar no sentido de dar provimento ao agravo*”. No entanto, aduz que “*a situação de fato de que nestes autos se cuida consubstancia uma exceção*”<sup>361</sup>. Após servir-se dos ensinamentos de Carl Schmitt, Maurice Hauriou<sup>362</sup> e Giorgio Agamben, diz, ainda, que “a esta Corte, sempre que necessário, incumbe decidir regulando também essas situações de exceção. Ao fazê-lo, não se afasta do ordenamento, eis que aplica a norma à exceção”.

Ao concluir, negando provimento ao agravo, o Ministro assim se manifesta:

que possível. **Art. 17.** Julgando procedente a reclamação, o Tribunal cassará a decisão exorbitante de seu julgado ou determinará medida adequada à preservação de sua competência.

<sup>360</sup> Segundo o Ministro Eros Roberto Grau, a Emenda Constitucional n.º 30 admite o seqüestro em três situações: (i) vencimento do prazo de dez anos, do art. 78 do ADCT [§ 4º do art. 78 do ADCT]; (ii) preterição do direito de precedência [§ 2º do art. 100 e § 4º do art. 78 do ADCT]; (iii) omissão, a partir do oitavo ano do prazo de dez anos, de inclusão de verba no orçamento, prevista no § 1º do artigo 100, quanto aos créditos de que trata o art. 78 do ADCT [§ 4º do art. 78 do ADCT].

<sup>361</sup> “Com efeito, estamos diante de uma situação singular, exceção, e, como observa Carl Schmitt, as normas só valem para as situações normais. A normalidade da situação que pressupõem é um elemento básico do seu “valer”. A propósito, Maurice Hauriou menciona “...cette idée très juste que les lois ne sont faites que pour un certain état normal de la société, et que, si cet état normal est modifié, il est naturel que les lois et leurs garanties soient suspendus”. E prossegue: “c’est très joli, les lois; mais il faut avoir le temps de les faire, et il s’agit de ne pas être mort avant qu’elles ne soient faites”. O estado de exceção é uma zona de indiferença entre o caos e o estado da normalidade, uma zona de indiferença capturada pela norma. De sorte que não é a exceção que se subtrai à norma, mas ela que, suspendendo-se, dá lugar à exceção – apenas desse modo ela se constitui como regra, mantendo em relação com a exceção”. As referências bibliográficas das obras citadas são (i) Carl Schmitt, *Los três legisladores extraordinários de La Constitución de Weimar*, in Carl Schmitt, *teólogo de la política*, cit. pág. 313; (ii) *Notes d’arrêts sur décisions du Conseil d’État et du Tribunal des Conflits*, tome troisième, Sirey, Paris, 1929, pág. 173; (iii) Giorgio Agamben, *Homo Sacer – o poder soberano e a vida nua*. trad. Henrique Burgo, Editora UFMG, Belo Horizonte, 2004, págs 26 e 27.

<sup>362</sup> O Min. Eros Roberto Grau cita o autor no original, em francês, sem providenciar tradução.

“Permito-me, ademais, insistir em que ao interpretarmos/aplicarmos o direito – porque aí não há dois momentos distintos, mas uma só operação – ao praticarmos essa única operação, isto é, ao interpretarmos/aplicarmos o direito não nos exercitamos no mundo das abstrações, porém trabalhamos com a materialidade mais substancial da realidade. Decidimos não sobre teses, teorias ou doutrinas, mas situações do mundo da vida. Não estamos aqui para prestar contas a Montesquieu ou a Kelsen, porém para vivificarmos o ordenamento, todo ele. Por isso o tomamos na sua totalidade. Não somos meros leitores de seus textos – para o que nos bastaria a alfabetização – mas magistrados que produzem normas, tecendo e recompondo o próprio ordenamento”.

Procedendo-se à desconstrução do voto-vista a partir da metódica estruturante, percebe-se que o Ministro Eros Roberto Grau utiliza-se exclusivamente de *elementos de teoria*, isto é, as obras de Carl Schmitt, Maurice Hauriou e Giorgio Agamben, que supostamente defenderiam que as leis são feitas para uma determinada sociedade normal, e que, se esta condição é alterada, é natural que as leis e suas garantias sejam suspensas.

Do ponto de vista da metódica estruturante, porém, a norma de decisão jamais poderia ser formulada exclusivamente com base em *elementos de teoria*. Os elementos teóricos somente poderiam ser utilizados de forma auxiliar; jamais no topo da hierarquia dos elementos de concretização. O voto do Ministro Eros Roberto Grau foi pura *decisão*. Não se está aqui a debater a correção do voto. Apenas constata-se que ele não seguiu os rigores de um método (seja ele qual for). Os argumentos empregados são retóricos, não oferecem uma avaliação ampla das várias opções interpretativas e se satisfazem com referências a autoridades (juristas e cientistas sociais), como se o prestígio acadêmico pudesse justificar uma decisão.

Como visto no decorrer do trabalho, a decisão não se restringe à interpretação de textos, não fica colada ao teor literal não mediado. Nos dizeres de Müller, “a decisão não precisa resultar do teor literal, mas deve ser de qualquer modo ainda compatível com o texto da norma não apenas interpretado gramaticalmente, mas integralmente concretizado no precedente processo decisório”<sup>363</sup>. Para que a decisão do Ministro levasse os textos a sério (e se fosse o caso), o teor literal deveria ser mediado com uma interpretação sistemática que trouxesse outros textos de normas pertinentes (e.g. o texto de norma que trata do direito à saúde). Infelizmente, não foi o caso.

---

<sup>363</sup> Müller, Friedrich. *Métodos de direito constitucional*. p. 75.

Num caso que envolvesse o mesmo pedido de seqüestro de valores em virtude de grave doença, o teor literal deveria, se adotada a metódica de Müller, ser mediado com: (i) os recursos metodológicos em sentido estrito (interpretação gramatical, sistemática, genética e histórica<sup>364</sup>); (ii) a análise do âmbito da norma (além das circunstâncias factuais, elementos advindos das ciências sociais); os elementos auxiliares de concretização (elementos de dogmática, de teoria, de política constitucional e de técnica de solução).

Especificamente sobre os elementos auxiliares de concretização, os *argumentos de política constitucional* poderiam representar um importante papel, ao ponderar os efeitos da decisão que defere o seqüestro de verbas do orçamento da União, Estado e Municípios, caso os credores tenham condições de alegar o mesmo tipo de exceção e, assim, receber os valores devidos pelo Poder Público<sup>365</sup>.

---

<sup>364</sup> O artigo 100, § 2º da CF/88, por exemplo, guarda enormes semelhanças com o artigo 112, § 2º, da Constituição Federal de 1967, *in verbis*: Art. 112 - Os pagamentos devidos pela Fazenda federal, estadual ou municipal, em virtude de sentença judiciária, far-se-ão na ordem de apresentação dos precatórios e à conta dos créditos respectivos, proibida a designação de casos ou de pessoas nas dotações orçamentárias e nos créditos extra-orçamentários abertos para esse fim. § 2º - As dotações orçamentárias e os créditos abertos serão consignados ao Poder Judiciário, recolhendo-se as importâncias respectivas à repartição competente. Cabe ao Presidente do Tribunal, que proferiu a decisão exequenda determinar o pagamento, segundo as possibilidades do depósito, e autorizar, a requerimento do credor preterido no seu direito de precedência, e depois de ouvido o chefe do Ministério Público, o seqüestro da quantia necessária à satisfação do débito.

<sup>365</sup> A notícia veiculada no Jornal Valor Econômico dá a medida dos efeitos: De acordo com um estudo realizado pelo Movimento dos Advogados de Credores Alimentares (Madeca), hoje há mais de 600 mil credores de precatórios alimentares do município e do Estado de São Paulo. No Estado, 45 mil deles já morreram sem receber os valores a que tinham direito. No município, os mortos somam 10 mil. Do total de credores, mais de 70% tem idade superior a 65 anos. Cf. Jornal Valor Econômico de 25.09.2006.

#### 4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente trabalho procurou enfatizar a relação entre a concepção de norma jurídica proposta pela teoria estruturante do direito e os reflexos desta nova concepção para a metódica jurídica. Procurou-se pesquisar em que medida a concepção de norma jurídica levada a efeito pela teoria e metódica estruturantes reflete na *interpretação* e na *aplicação* do direito. Conforme foi visto, Müller propõe uma relação umbilical entre teoria da norma e metódica jurídica, ao ressaltar que construção da norma jurídica é realizada através da respectiva metódica. Convém, em conclusão, passar em revista pela teoria e metódica estruturantes, a fim de constatar as inovações da teoria da norma jurídica, e os seus respectivos impactos para a metódica.

O primeiro passo do trabalho consistiu em identificar as contribuições das principais escolas hermenêuticas do século XIX e XX. Muito brevemente viu-se que a Escola da Exegese pleiteava um raciocínio lógico-dedutivo. A norma formaria a premissa maior, os fatos a premissa menor, sendo a decisão a conclusão do silogismo. A jurisprudência dos conceitos igualmente notabilizou-se por defender a teoria da subsunção. Entretanto, diferentemente da escola francesa, a premissa maior seria formada por um conceito de direito, e não pela lei. A Escola do Direito Livre, apesar das críticas as concepções metodológicas assentes na aplicação subsuntiva, ficou marcada por pleitear uma atividade decisória pautada na vontade e no sentimento. A jurisprudência dos interesses, além de também criticar ao modelo lógico-dedutivo, se preocupou especialmente com o problema das lacunas e a necessidade de ponderação dos interesses sociais em jogo. Conforme constatado por Müller, as críticas da Escola do Direito Livre e da jurisprudência dos interesses não se voltaram para a questão da estrutura do conceito de norma jurídica.

A teoria da interpretação de Hans Kelsen mereceu especial atenção. A distinção entre ser e dever-ser proposta pela teoria pura do direito acarretou – segundo Müller – em uma teoria da interpretação “vazia”, a impedir a racionalização dos teores materiais normativos. Muller critica Kelsen por não oferecer critérios: (i) para determinar a moldura normativa; (ii) para balizar as escolhas do operador do direito no interior desta mesma moldura. A teoria pura do direito não propõe a pergunta pela correção quanto ao conteúdo; a decisão do intérprete autêntico não é um problema da teoria jurídica, mas apenas da política

jurídica. A distinção entre ser e dever-ser faz com que “a ciência seja purificada, mas não a prática”.

Como foi visto, na doutrina de Kelsen “direito” e “realidade” se relacionam apenas no fato do direito ter sido positivado e da realidade condicionar a sua vigência. Para Müller, entretanto, esta não é a única relação possível. O jurista de Heidelberg procura deslocar a pergunta sobre a relação entre direito e realidade para a teoria da norma jurídica. Se em Kelsen a norma está “desconectada” da realidade, em Müller ela se torna elemento co-constitutivo.

Como foi visto no segundo capítulo, há para Müller um nexos indissociável entre compreensão da norma, questões práticas do direito e epistemologia. O autor entende que a separação da norma e dos fatos, do direito e da realidade, assim como a compreensão da norma como algo preexistente, são fatores que caracterizam o positivismo na ciência jurídica. A noção “irrealista” da norma jurídica enquanto puro “dever-ser” que se confronta com o “ser” seria, ademais, responsável pelos problemas metódicos constatados na práxis. A fim de superar as posições metódicas devotadas à concepção de norma jurídica enquanto puro dever-ser, Müller propõe uma nova compreensão de norma já orientada aos métodos. É neste sentido que articula a teoria da norma jurídica e a metódica estruturante.

A teoria da norma jurídica de Friedrich Müller é construída a partir da contestação da contraposição entre ser e dever-ser. Müller propõe a norma jurídica como uma noção composta de ser e dever-ser, de dados lingüísticos e dados reais. A estrutura da norma proposta por Müller designa o nexos entre as partes conceituais integrantes da norma jurídica: o programa da norma (Normprogramm) e o âmbito da norma (Normbereich).

Para a teoria e metódica estruturantes a norma jurídica não se identifica ao texto da norma. A norma jurídica não preexiste nos códigos e nas leis. O que se lê nas leis e nos códigos não passa de *formas preliminares*. A norma é construída através do processo de *concretização*. A diferenciação entre o programa da norma (Normprogramm) e o âmbito da norma (Normbereich) permite dizer que a normatividade não decorre simplesmente do texto, mas é também co-constituída pelo âmbito normativo, isto é, aquela parcela da realidade social relacionada com o texto da norma. A norma jurídica aparece, portanto, como um modelo de ordem materialmente determinado. A normatividade é o resultado do efetivo funcionamento,

do efetivo reconhecimento e da atualidade específica do ordenamento constitucional em causa.

A temporalidade inerente da normatividade – que exsurge ao final do processo de concretização – faz com que a teoria e metódica estruturantes do direito rejeitem o conceito positivista de “aplicação do direito”. A norma não pode ser simplesmente *aplicada*, porque não está pronta e nem substancialmente acabada. Trata-se, sob o ponto de vista teórico, de uma impossibilidade lógica. Como a norma não está pronta e não se restringe ao texto (aos dados lingüísticos/programa da norma), a concretização não se confunde com interpretação, aplicação ou subsunção. A norma jurídica (Rechtsnorm) surge apenas no decorrer do processo de concretização, com a interligação do programa da norma e do âmbito da norma. O passo final do processo de concretização consiste na individualização da norma jurídica (Rechtsnorm) em norma de decisão (Entscheidungsnorm).

A última parte do trabalho investigou a metódica estruturante de Friedrich Müller. Em função da nova concepção de norma (a articular ser e dever-ser, dados lingüísticos e dados reais, programa normativo e âmbito normativo), Müller dispõe-se a investigar a serventia dos elementos metódicos tradicionais formulados por Savigny (interpretação gramatical, lógica, sistemática e histórica). Müller constata que os elementos herdados da tradição referem-se apenas ao tratamento dos textos de normas. Entretanto, para Müller, a norma é mais do que o seu teor literal. Para solucionar esta aporia, Müller atua em duas frentes: de um lado, busca desenvolver e reformular os elementos de tratamento do texto da norma; de outro, busca desenvolver elementos metódicos capazes de aproveitar o teor material dos âmbitos normativos de forma racionalmente verificável.

Especificamente no que se refere aos elementos de tratamento dos textos de normas, Müller reformula os cânones de Savigny (propondo em substituição os elementos gramatical, sistemático, histórico, genético e teleológico), além de incorporar (parte) dos modernos princípios de interpretação da constituição.

Em vista da estrutura da norma jurídica desenvolvida pela teoria da norma, a metódica estruturante desenvolve e trabalha com os seguintes elementos de concretização: (i) *elementos metodológicos “strictiore sensu”* (interpretação gramatical, sistemática, histórica, genética e teleológica, bem como os modernos princípios de interpretação da constituição); (ii) *elementos do âmbito da norma*; (iii) *elementos dogmáticos*; (iv) *elementos de teoria*; (v)

*elementos de técnica de solução; e (vi) elementos de política do direito e política constitucional.* Por razões ligadas aos imperativos do Estado Democrático de Direito, viu-se que os elementos diretamente referidos as normas preponderam em relação aos outros em caso de conflito.

A metódica estruturante preocupa-se em desenvolver meios de um trabalho controlável de decisão e fundamentação; apresenta-se, portanto, como uma técnica de decisão e de imputação que tem como exigência a submissão da norma de decisão aos textos de normas jurídicas gerais. Ela visa à formulação e elaboração de regras que permitam a imputação da norma de decisão a um texto de norma jurídica geral, que lhe serve de fundamento.

Tem-se, portanto, que a teoria da norma jurídica de Müller não modifica a metódica apenas de forma terminológica, no sentido do termo “concretização” englobar os conceitos tradicionais de “interpretação” e “aplicação do direito”. A estrutura da norma jurídica redefine a prática jurídica; ela estabelece novas tarefas e introduz novos elementos, no intuito de racionalizar o trabalho de decisão.

## 5. REFERÊNCIAS

Adeodato, João Maurício. *Ética e retórica: para uma teoria da dogmática jurídica*. São Paulo: Saraiva, 2002.

Alexy, Robert. *Teoria da argumentação jurídica: a teoria do discurso racional como teoria da justificação jurídica*. trad. Zilda Hutchinson Schild Silva. São Paulo: Landy, 2008.

Alexy, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

Andrade, José Maria Arruda de. *Interpretação da norma tributária*. São Paulo: MP Ed., 2006.

Barroso, Luis Roberto. *Interpretação e aplicação da constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora*. 6ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

Bobbio, Norberto. *O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito*. trad. Márcio Pugliesi, Edson Bini, Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 2006.

Bonavides, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 11ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

Bonavides, Paulo. *Teoria Estrutural do Direito, de Friedrich Müller*. In: Müller, Friedrich. *O novo paradigma do direito: Introdução à teoria e metódica estruturantes do direito*. trad. Peter Naumann. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

Bornholdt, Rodrigo Meyer. *Métodos para Resolução do conflito entre direitos fundamentais*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005.

Bronze, Fernando José. *A metodonomologia entre a semelhança e a diferença: reflexão problematizante dos pólos da radical matriz analógica do discurso jurídico*. Coimbra: Coimbra Editora, 1994.

Bustamante, Thomas da Rosa de. *Sobre o conceito de norma e a função dos enunciados empíricos na argumentação jurídica segundo Friedrich Müller e Robert Alexy*. In *Revista de Direito Constitucional e Internacional*. São Paulo, v. 43, 2003.



Cademartori, Sergio Urquhart de. *Estado de Direito e legitimidade: uma abordagem garantista*. 2ª Ed. Campinas: Millennium, 2007.

Canotilho, J.J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7ª Ed. Coimbra: Almedina, 2003.

Castanheira Neves, Antônio. *Digesta: escritos acerca do direito, do pensamento jurídico, de sua metodologia e outros*. Coimbra Editora, 1995. vol. II.

Castanheira Neves, Antonio. *Metodologia jurídica: problemas fundamentais*. Coimbra: Coimbra Editora, 1993.

Christensen, Ralph. *Teoria estruturante do direito*. In: Müller, Friedrich. *O novo paradigma do direito: Introdução à teoria e metódica estruturantes do direito*. trad. Peter Naumann. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

Dimoulis, Dimitri. *Manual de Introdução ao estudo do direito*. São Paulo: RT, 2003.

Dimoulis, Dimitri. *Positivismo jurídico: introdução a uma teoria do direito e defesa do pragmatismo jurídico-político*. São Paulo: Método, 2006.

Ehrlich, Eugen. *Fundamentos de sociologia do direito*. trad. René Ernani Gertz. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1986.

Ferraz Júnior, Tércio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação*. 2ª Ed. São Paulo, Atlas, 1994.

Gillissen, John. *Introdução histórica ao direito*. trad. Antonio Manuel Hespanha; L. M. Macaísta Malheiros. 4ª Ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2003.

Guerra Filho, Willis Santiago. *Pós-modernismo, pós-positivismo e o Direito como Filosofia*. In: *O poder das metáforas: homenagem aos 35 anos de docência de Luis Alberto Warat*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998.

Grau, Eros Roberto. *Ensaio sobre a interpretação/aplicação do direito*. 4ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

Hespanha, António Manuel. *Cultura jurídica européia: síntese de um milênio*. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2005.

Jouanjan, Olivier. *De Hans Kelsen a Friedrich Müller – Método jurídico sob o paradigma pós-positivista*. In: Müller, Friedrich. *O novo paradigma do direito: Introdução à teoria e metódica estruturantes do direito*. trad. Peter Naumann. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

Kaufmann, Arthur. *Filosofia do direito*. trad. António Ulisses Cortês. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2004.

Kaufmann, Arthur; Hassemer, Winfried. *Introdução à filosofia do direito e à teoria do direito contemporâneas*. trad. Marcos Keel. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian. 2002.

Kelsen, Hans. *Teoria pura do direito*. trad. João Baptista Machado. 7ª Ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

Larenz, Karl. *Metodologia da ciência do direito*. trad. José Lamego. 2ª Ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1983.

Maximiliano, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito*. 15ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995.

Menezes Cordeiro, Antonio. *Os dilemas da ciência do direito no final século XX*. In: Canaris, Claus Wilhelm. *Pensamento sistemático e conceito de sistema*. 3ª Ed. Trad. Antonio Menezes Cordeiro. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002.

Montesquieu, Charles de. *Do espírito das leis*. trad. Jean Melville. São Paulo: Martin Clater, 2004.

Müller, Friedrich. *Direito, linguagem, violência: elementos de direito constitucional I*. trad. Peter Naumann. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1995.

Müller, Friedrich. *Discours de la méthode juridique*. trad. Olivier Jouanjan. Paris: Press Universitaires de France, 1996.

Müller, Friedrich. *Métodos de trabalho do direito constitucional*. trad. Peter Naumann. 2 ed. São Paulo: Max limonad, 2000.

Müller, Friedrich. *O novo paradigma do direito: introdução à teoria e metódica estruturantes do direito*. Trad. Peter Naumann. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

Müller, Friedrich. *Teoria estruturante do direito*. trad. Peter Naumann; Eurides Avance de Souza. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

Neves, Marcelo. *A constitucionalização simbólica*. São Paulo: Editora Acadêmica, 1994.

Perelman, Chaim. *Lógica jurídica: nova retórica*. trad. Vergínia K. Pupi. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

Reale, Miguel. *Filosofia do direito*. 11ª ed. São Paulo: Saraiva, 1986.

Rodrigues, Horácio Wanderlei. *Ensino jurídico e direito alternativo*. São Paulo: Ed. Acadêmica, 1993.

Santos, Rodrigo Mioto dos. *Método, racionalidade e legitimidade da decisão judicial: uma análise a partir da teoria estruturante de Friedrich Müller*. Dissertação. (Mestrado em Ciências Jurídicas) Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2006.

Santos, Rogério Dutra dos. *Direito e Decisão Judicial: Carl Schmitt e os fundamentos normativos da homogeneidade política*. In: Cademartori, Luiz Henrique Urquhart. *Temas de Política e Direito Constitucional Contemporâneos*. Florianópolis, Momento Atual, 2004.

Schapp, Jan. *Problemas fundamentais da metodologia jurídica*. trad. Ernildo Stein. Porto Alegre. Sergio Antonio Fabris Editor, 1985.

Schwabe, Jürgen. *Cinquenta anos de jurisprudência do tribunal constitucional federal alemão*. Trad. Beatriz Hening, Leonardo Martins, Mariana Bigelli de Carvalho, Tereza Maria de Castro, Vivianne Geraldine Ferreira. Montevideu: Konrad Adenauer.

Schroth, Ulrich. *Hermenêutica filosófica e jurídica*. In: Kaufmann, Arthur; Hassemer, Winfried. *Introdução à filosofia do direito e à teoria do direito contemporâneas*. trad. Marcos Keel. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian. 2002.

Silva, Virgílio Afonso da. *Interpretação constitucional e sincretismo metodológico*. In: *Interpretação constitucional*. Silva, Virgílio Afonso da (org.). São Paulo: Malheiros, 2005.

Streck, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito*. 4ª Ed. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2003.

Troper, Michel. *A filosofia do direito*. trad. Ana Deiró. São Paulo: Martins, 2008.

Troper, Michel. *Por una teoria del Estado*. trad. Maria Venegas Grau. Madrid: Dykinson, 2001.

Warat, Luís Alberto; Pêpe, Albano Marcos Bastos. *Filosofia do direito: uma introdução crítica*. São Paulo: Moderna, 1996.

Wieacker, Franz. *História do direito privado moderno*. 3ª Ed. trad. A. M. Botelho Hespanha. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2004.

Wolkmer, Antonio Carlos. *Síntese de uma história das idéias jurídicas: da antiguidade clássica à modernidade*. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2006.